Devisengeschäfte
nach schweizerischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Max Ott, Fürsprecher.

Weinfelden
A.-G. Neuenschwander'sche Verlagsbuchhandlung
1924

Devisengeschäfte
nach schweizerischem Recht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Max Ott, Fürsprecher.

Weinfelden
A.-G. Neuenschwander'sche Verlagsbuchhandlung
1924

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck der A.-G. Neuenschwander'sche Buchdruckerei in Weinfelden

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Vorwort 11

Erstes Kapitel.

Einleitung 15

§ 1. Entwicklung der Devisengeschäfte 15

§ 2. Begriff und Arten der Devisengeschäfte in technischer Beziehung 18

I. Begriff von Währung, Valuta und Devisen 18

II. Arten des Devisengeschäfts 20

1. Devisenpolitik 20

2. Geschäfte zwischen Bank und Klient 21

3. Devisengeschäfte der Banken untereinander und an der Börse 23

Zweites Kapitel.

Einzelne Geschäfte 26

1. Unterabschnitt:

§ 3. Kauf von Valuten, Wechseln und Checks 26

I. Kauf von Banknoten und Papiergeld 26

II. Kauf von Wechseln 31

III. Erwerb von Checks 46

§ 4. Konti in fremder Währung 62

I. Wirtschaftliche Bedeutung 62

II. Die rechtlichen Beziehungen zwischen der Bank und ihrem Kunden 64

A. Beschaffung des Guthabens 64

B. Rechtsverhältnis zwischen Bank und Klient während Bestehen des Kontos 73

1. Allgemeines 73

2. Rechte und Pflichten der Bank und des Klienten . . 74

a) Natur des Verhältnisses 74

b) Stellung der Bank 80

c) Stellung des Klienten 91

d) Kompensationsmöglichkeit 92

e) Stellung der ausländischen Bank 94

2. Unterabschnitt: Seite

§ 5. Die Devisenarbitrage und das Metaverhältnis . . . 97

I. Die Devisenarbitrage 97

a) Wirtschaftliches und Technisches 97

b) Rechtliches 101

II. Das Metaverhältnis 108

1. Wirtschaftliches 108

2. Rechtliches 109

§ 6. Die Zinsfußarbitrage, Pensionen, das Devisenreportgeschäft 112

I. Die Zinsfußarbitrage 112

II. Die Pensionen 113

III. Das Devisenreportgeschäft 121

1. Wirtschaftliches 121

2. Das Reportgeschäft als Effektenreportierung 122

3. Vergleich zwischen Effekten- und Devisenreportierung . . 123

Anhang 131

Drittes Kapitel.

Allgemeiner rechtlicher Teil:

§ 7. Natur der Devisengeschäfte 135

§ 8. Mängel im Vertragsschluß, Differenzeinwand . . . 142

I. Telephonischer Verkehr 142

II. Telegraphischer Verkehr 150

III. Der Differenzeinwand 151

Literatur-Verzeichnis.

Adler Karl: Eine bedenkliche wechselrechtliche Entscheidung des Reichsgerichts, in D.J.Z. 19/620 ff. cit. Adler.

Attenhofer Karl: Die rechtliche Stellung des Zedenten zum Zessionar bei der Zession nach schweizerischem Obligationenrecht, in Z.S.R. n. F. 8 und 9. cit. Attenhofer.

Bachmann: Das Vorrecht des Wechselinhabers auf die Deckung im Konkurs des Ausstellers, in S.J.Z. 1/49 ff. cit. Bachmann.

Baur: Der Vertragsschluß mittelst des Telephons unter Berücksichtigung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (V. Teil O.R.), Diss. Bern 1912. cit. Baur.

Becker: Kommentar zum Obligationenrecht Art. 1—183, 1913, und Art. 184—311, 1922. cit. Becker.

Béguelin: Die Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechts, in Z.S.R. n. F. 23/784 ff. cit. Béguelin.

Blankart: Die Devisenpolitik während des Weltkrieges 1919. cit. Blankart.

Blumenstein: Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes 1911. cit. Blumenstein.

— Kommentar zum B.Ges. über die Stempelabgabe. cit. Blumenstein Kom.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Auflage. 1910. cit. Cosack.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, II 1909, III 1905, IV 1917. cit. Düringer-Hachenburg.

Ehrenberg: Das gesamte Handelsrecht (soweit erschienen). cit. Ehrenberg.

Endemann: Handbuch des deutschen Handelsrechts, 3 Bde., 1881. cit. Endemann.

Fick: Das schweizerische Obligationenrecht, 2 Bde. I. Bd. herausgegeben von Fick 1915, II. Bd. herausgegeben von Bachmann, Goetzinger, Siegmund und Zeller 1915. cit. Fick.

— Die Sittlichkeit als Grenze der Vertragsfreiheit, in S.J.Z. 10/281 ff. cit. Fick, S.J.Z.

Gerstle: Das reine Treuhandgeschäft im schweizerischen Privatrecht. Diss. Bern 1917. cit. Gerstle.

Haberstich: Handbuch des schweiz. Obligationenrechts, I. Bd. 1884, II. Bd. I. Teil 1885 und II. Teil 1887. cit. Haberstich.

Hafner: Das schweizerische Obligationenrecht. 2. Aufl. 1905. cit. Hafner.

Hartung: Die wirtschaftliche Stellung und die Aufgabe des Bankierstandes, in Bankarchiv 2/7 ff. cit. Hartung Bankarchiv 2.

— Die Neuordnung des Devisenhandels, in Bankarchiv 15/169 ff. cit. Hartung Bankarchiv 15.

Haupt: Arbitrages et Parités, Paris 1894. cit. Haupt.
Hättenschwiller: Die rechtliche Natur der Bestätigung bei telephonischen Kaufabschlüssen mit Kollektivprokuristen, in S.J.Z. 17/292 ff. cit. Hättenschwiller.
Hodler: Der Widerruf nach schweizerischem Obligationenrecht, verglichen mit dem deutschen Recht. Diss. Bern 1909. cit. Hodler.
Huber: Die Klagbarkeit der Börsentermin- und Differenzgeschäfte. Diss. Zürich 1904. cit. Huber.
Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs 1901, in Fischers Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs. cit. Jacobi.
Jacusiel: Metaverbindungen im Bankgewerbe, in Bankarchiv 21/69 ff. cit Jacusiel.
Jaeger: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 2 Bde. cit. Jaeger.
Jöhr: Die Zukunft der Valuten. cit. Jöhr.
Kugler: Die Diskontierung von Buchforderungen nach deutschem Recht. Diss. Zürich 1917. cit. Kugler.
Laband: Die Handelsusanzen, in Z. f. d. gesamte H. R. cit. Laband.
Landmann: Die Diskontierung offener Buchforderungen, in Z.S.R. n. F. 33/221. cit. Landmann.
Lutstorf H. Th.: Die Partizipationsgeschäfte mit besonderer Berücksichtigung ihrer buchtechnischen Abwicklung. Weinfelden 1921. cit. Lutstorf.
Maier-Rotschild: Handbuch der gesamten Handelswissenschaften. cit. Maier-Rotschild.
Meier: Der Erfüllungsort nach dem schweizerischen Obligationenrecht. Diss. Zürich 1919. cit. Meier.
Meili: Das internationale Zivil- und Handelsrecht, 1902. 2 Bde. cit. Meili.
Morlot: Die Effektenreportierung mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Obligationenrechts. Diss. Bern 1915. cit. Morlot.
Munzinger: Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts. Bern 1865. cit. Munzinger.
Nußbaum: Kommentar zum Börsengesetz für das deutsche Reich. 1910. cit. Nußbaum.
— Der Differenzeinwand gegen Arbitragegeschäfte der Produktenbörse, in D.J.Z. 13/795 ff. cit. Nußbaum D.J.Z. 13.
— Die Rechtssprechung des deutschen Reichsgerichts in Währungssachen, in S.J.Z. 19. cit. Nußbaum S.J.Z. 19.
Obst: Geld-, Bank- und Börsenwesen. 11. Aufl., 1919. cit. Obst.
Oederlin: Recours de change et compte courant. Diss. Genf. 1920. cit. Oederlin.
Oertmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 3. und 4. Aufl., 1910. cit. Oertmann.
Oser: Das Obligationenrecht. Zürich 1915. cit. Oser.
Oster: Les rapports juridiques entre la caisse d'épargne et les déposants. Diss. Neuenburg 1919. cit. Oster.
Philippovich: Grundriß der politischen Oekonomie. I. Bd., 11. Aufl. 1916; II. Bd. 1. Teil 1918, 8. Aufl.; II. Bd. 2. Teil 1919, 8. Aufl.; bearbeitet von Somary. cit. Philippovich.

Picot: Les cours du change et le droit. Basel 1921. cit. Picot.
Pinner: Valutaspekulation, im Berl. Tagbl. vom 6. XI. 20 und 7. XI. 20. cit. Pinner.
Reichel: Kommentar zum schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz. cit. Reichel.
Reichel H.: Selbstkontrahieren des Vertreters, in S.J.Z. 12/251 ff. cit. Reichel S.J.Z. 12.
— Gewährleistung beim Forderungskauf, in S.J.Z. 19/185 ff. cit. Reichel S.J.Z. 19.
Reitler: Devisenverkehr und Devisenpolitik unter besonderer Berücksichtigung der Kriegsereignisse. Diss. Zürich 1917. cit. Reitler.
Riggenbach: Die Regeln der Devisenarbitrage. cit. Riggenbach.
Rossel: Manuel du droit fédéral des obligations. 2. Aufl. 1905. cit. Rossel.
Saling: Börsenpapiere, I. Teil, herausgegeben von Schütze. 11. Aufl. 1908. cit. Salings.
Speyr, von: Die Theorie des Prämiengeschäftes, in Bankarchiv 9/62 ff. cit. v. Speyr Bankarchiv 9/62 ff.
— Das internationale Effektenprämiengeschäft, 1913. cit. v. Speyr.
— Internationale Zinsdifferenz-Transaktionen, in Bankarchiv 9/47 ff. cit. v. Speyr Bankarchiv 9.
Steiner: Das Akkreditivgeschäft. Diss. Zürich 1922. cit. Steiner.
Staub: Kommentar zum deutschen H.G.B., herausgegeben von Pinner, Koenige und Bondi, 1921. cit. Staub.
— Kommentar zur deutschen Wechselordnung, herausgegeben von J. und M. Stranz, 10. Aufl. cit. Staub D.W.
Suntych: Die Technik der Wechselpensionen. Diss. Zürich 1911. cit. Suntych.
Swoboda: Die Arbitrage in Wertpapieren, Wechseln, Münzen und Edelmetallen. 14. Aufl. Neu bearbeitet und vermehrt von M. Fürst, 1913. cit. Swoboda.
Tuhr, von: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. I. Bd. und II. Bd. 1. Teil 1914, II. Bd. 2. Teil 1918. cit. von Tuhr.
— Die Umrechnung von Markschulden in Frankenwährung, in S.J.Z. 19/17 ff. cit. von Tuhr S.J.Z. 19.
— Die Mängel des Vertragsschlusses nach schweizerischem Obligationenrecht, in Z.S.R. 37/278 ff., 38/1 ff. und 39/1 ff. cit. von Tuhr Z.S.R.
Temme: Die Einrede des Spiels bei Differenzgeschäften, in Z.S.R. n. F. 12/673 ff. cit. Temme.
Trumpler: Die neuere Rechtssprechung des Reichsgerichts betr. den Differenz- und Spieleinwand gegen Kassaspekulationsgeschäfte, in Bankarchiv 2/51 ff. cit. Trumpler Bankarchiv 2.
— Die Differenzgeschäfte nach dem bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Börsengesetz, in Z. f. d. gesamte H. R. 50/388 ff, cit. Trumpler.
Walker: Internationales Recht. 2. Aufl., 1922. cit. Walker.
Weidmann: Das Kommissionsgeschäft. 1908. cit. Weidmann I.
— Das Selbsteintrittsrecht, die Selbsthaftung des Kommissionärs. cit. Weidmann II.

Weisbart: Vom Rechte des Devisenhandels, in Bankarchiv 20, Heft 11 und 12. cit. Weisbart.
Wieland: Die Umgestaltung des schweizerischen Wechselrechts, in Z.S.R. n. F. 23/503 ff. cit. Wieland.
— Das Sachenrecht. cit. Wieland Art.
Wolf: Wesen und Voraussetzung der Zession. Diss. Zürich 1917. cit. Wolf.
Zimmermann: Einiges über Kreditgewährung durch Handelsbanken, in S.J.Z. 19/193 ff. cit. Zimmermann S.J.Z. 19.
— Ueber die «allgemeinen Kontokorrentbedingungen» der Banken, in S.J.Z. 17/129 ff. cit. Zimmermann 17.
Reichesberg: Handwörterbuch der schweizerischen Volkswirtschaft. cit. Reichesberg.
Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Lexis, Loening. cit. Handwörterbuch der Staatswissenschaften.
Mischler & Ulbrich: Oesterreichisches Staatswörterbuch. cit. Oesterr. Staatswörterbuch.
Léon Say et Chailley: Nouveau Dictionnaire d'économie politique. cit. Say et Chailley.

Zeitungen und Zeitschriften.

Der «Bund». cit. Bund.
«Neue Zürcher Zeitung.» cit. N.Z.Z.
Das «Berliner Tagblatt». cit. Berl. Tagbl.
«Deutsche Außenhandelskorrespondenz.»
«Finanz- und Handelsblatt der Vossischen Zeitung.» cit. Voss. Zeitg.
«Frankfurter Zeitung.» cit. Frkf. Zeitg.
«Prager Presse.»
«Finanz-Revue.»
«Schweizerische Juristenzeitung.» cit. S.J.Z.
«Zeitschrift für schweizerisches Recht.» cit. Z.S.R.
«Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.» cit. Z.b.J.V.
«Revue de droit financier suisse», Union financière de Genève. cit. Revue de droit financier.
«Das Recht». Rundschau für den deutschen Juristenstand. cit. Das Recht.
«Deutsche Juristenzeitung.» cit. D.J.Z.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. cit. Gruchot.
«Bankarchiv», Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. cit. Bankarchiv.

Urteilspublikationen und Gesetze.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. cit. B.E.
Praxis des Bundesgerichts. cit. Pra.
Blätter für zürcherische Rechtssprechung. cit. Bl.z.R.
Journal des Tribunaux.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. cit. R.G. oder R.Ger.
Schweizerisches Obligationenrecht. cit. O.R.
Schweizerisches Zivilgesetzbuch. cit. Z.G.B.
Handbuch der Zürcher Effektenbörse. cit. Zürcher Handbuch.

Gesetz und Reglemente betr. die Basler Effektenbörse.
Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881. cit. a.O.R.
Entwurf eines B.Ges. betr. Revision der Titel 24—33 des O.R. cit. Entw. O.R.
Internationales Abkommen über die Vereinheitlichung des Wechselrechts vom 23. Juli 1912.
Bundesgesetz über das Wechselrecht. Entwurf des Bundesrates mit der Botschaft.
Deutsches bürgerliches Gesetzbuch 1896. cit. B.G.B.
Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich 1897. cit. H.G.B.
Code civil des Français 1804. cit. c.c.fr.
Code de commerce français 1807. cit. c.com.fr.
Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811. cit. a.B.G.B.
Codice civile del Regno d'Italia 1865. cit. c.c.i.
Codice commerciale del Regno d'Italia 1882. cit c.com.i.

Sonstige Abkürzungen.

Bundesgesetz: cit. B.Ges.
Bundesgericht: cit. B.G. oder B.Ger.
Schweiz. Nationalbank: cit. Nat.Bank.
Oberlandesgericht. cit. O.L.G.

Vorwort.

Der Devisenhandel hat im Verlauf des Krieges einen solchen Umfang angenommen und die Aufmerksamkeit weiter Kreise derart auf sich gezogen, daß eine Behandlung der rechtlichen Fragen, die bei irgendeiner der Formen, in denen er sich abspielt, auftreten können, von einigem Interesse sein dürfte.

Das Devisengeschäft, als Bank- und Börsenoperation kann nicht Anspruch auf eine einheitliche, allgemein anerkannte Form machen; jeder Bank- und Börsenplatz, ja sogar jede Bank drückt den Devisenoperationen, bei allen übereinstimmenden Merkmalen in der einzelnen Ausgestaltung, ihren Stempel auf. Ueberall bildeten und bilden sich Usanzen, Gebräuche, die von denen eines andern Platzes abweichen. Zudem sieht der Bankier nicht darauf, daß die einzelnen Geschäfte einen einheitlichen rechtlichen Charakter haben, sondern er ist Zweckmensch, er will seinen Gewinn aus der Operation ziehen und diese in möglichst glatter, Einsprüche ausschaltender Weise abwickeln. Daher fügt er je nach den Erfahrungen, die er gesammelt hat, dem Geschäft Bedingungen, Klauseln bei, die den rechtlichen Charakter und den Grundzug eines Geschäftes verbergen können und angetan sind, dem Juristen, der die Entwicklung des Geschäftes nicht kennt, die Beurteilung des Zweckes und der rechtlichen Natur des Vertrages außerordentlich zu erschweren.

Eine Dissertation, deren Ziel nicht die Behandlung eines einzigen Devisengeschäftes ist, vermag natürlich unmöglich die wirtschaftlichen Grundlagen jeder einzelnen Vertragsart aufs genauste auszuschälen und darzustellen. Sie muß sich mit einer kurzen Darlegung der maßgebenden Momente begnügen, um darauf aufbauend, rechtliche Erörterungen durchführen zu können. Ebensowenig kann im Rahmen einer solchen Arbeit die rechtliche Behandlung der Geschäfte in allen Einzelheiten zur Darstellung kommen.

Aus diesen Erwägungen heraus haben wir uns bestrebt, bei allen Geschäften, wo uns dies nötig schien, die wirtschaftlichen Grundlagen kurz zu beleuchten und daran anschließend den rechtlichen Charakter zu untersuchen. Bei andern Geschäften haben wir nur einige rechtliche Fragen behandelt, wozu uns manchmal Gerichtsurteile Anlaß und Anknüpfungspunkte boten.

Selbstverständlich konnten nicht alle möglichen Devisenoperationen betrachtet werden.

Wir sind uns daher der Unvollständigkeit unserer Arbeit bewußt, glauben aber den Zweck der Untersuchung erreicht zu haben, wenn wir die Aufmerksamkeit der Juristen auf dieses Gebiet des Handelsrechts zu lenken und einen kleinen Beitrag zu dessen Aufklärung und Behandlung zu leisten vermochten.

Die Arbeit ließ sich ohne weiteres in drei Kapitel einteilen: in die Einleitung, die einzelnen Geschäfte und den allgemeinen Teil.

In der Einleitung wird in gedrängter Form die Entwicklung des Devisenhandels betrachtet; daneben werden einige grundlegende Begriffe definiert und die einzelnen Operationen nach ihrer wirtschaftlichen Seite kurz dargestellt. Es schien dies zweckmäßig, damit bei der Behandlung der einzelnen Geschäfte auf diese Begriffe abgestellt werden durfte.

Im zweiten Kapitel, dem Hauptteil der Arbeit, werden die Devisengeschäfte nach ihrer rechtlichen Seite untersucht, wobei aber immer ein Beispiel zuerst gegeben wird. Dieser Teil der Abhandlung zerfällt in zwei Unterabschnitte; im ersten werden die Operationen behandelt, die hauptsächlich zwischen den Banken und ihren Klienten abgeschlossen, und im zweiten solche, die unter Banken getätigt werden. Im Anhang kommen weitere Geschäftsformen zu kurzer Behandlung, die auch auf Devisen angewandt, aber nicht zu den eigentlichen Devisenoperationen gezählt werden, da sie keine besondere Ausgestaltung erfahren, die nur dem Devisenverkehr eigen wäre.

Im dritten Kapitel handelt es sich nicht um allgemein rechtliche Erörterungen, sondern es kommen dort spezielle Fragen zur Behandlung, die aber bei allen Devisenoperationen auftauchen oder doch auftauchen können. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wurden diese Gebiete in einem allgemeinen Teil

zusammengefaßt, um ermüdende Wiederholungen zu vermeiden, was zwar nicht ganz zu verhindern war. Da es sich bei den Devisentransaktionen im Grunde genommen um die Anwendung gewöhnlicher Bankgeschäfte auf Devisen handelt, mit den im Objekt begründeten Eigenheiten, so kommt ein allgemeiner rechtlicher Teil mit ganz allgemeinen Rechtsfragen nicht in Betracht.

Die Arbeit wurde im September 1923 abgeschlossen, so daß die später erschienene Literatur nicht mehr berücksichtigt werden konnte, ebensowenig die in diese Zeit fallenden Aenderungen der Währungsverhältnisse. Dies ist an und für sich nicht von Bedeutung, denn es sind seitdem unseres Wissens keine größern Abhandlungen oder Werke erschienen, die sich mit den hier behandelten Fragen beschäftigen; zu erwähnen wäre die Dissertation von Weiß, Zürich, betr. die rechtliche Natur der Diskontierung von Wechseln, der zum gleichen Resultat in den auch hier behandelten Fragen gekommen ist. Nur mißt er der Klausel: «Eingang vorbehalten», gar keine Bedeutung bei.

Die Aenderung der Währungsverhältnisse hat nur Einfluß auf die in den Beispielen genannten tatsächlichen Grundlagen, berührt aber die rechtlichen Fragen, deren Untersuchung ja Zweck dieser Arbeit ist, nicht.

Bern, im September 1923.

Erstes Kapitel.

Einleitung.

§ 1. Entwicklung der Devisengeschäfte.

Die Entwicklung und Verfeinerung der Verkehrseinrichtungen brachte die Länder und Kontinente einander immer näher und gestattete ein zusehends intensiveres Verflechten, Ineinanderwachsen und Ausgleichen der wirtschaftlichen Betätigung der verschiedenen Völker. Jedes Land hatte sich mehr oder weniger in der Hervorbringung von Gütern spezialisiert, indem es vorzugsweise diejenigen Produkte erzeugte, die seiner klimatischen, geographischen Lage und seinen Bodenschätzen entsprachen. Diese Güter konnten von seiner Bevölkerung vorteilhafter hervorgebracht werden als in irgendeinem andern Land, wo die natürlichen Hilfsquellen nicht oder in geringerem Maße zur Verfügung standen. Dadurch wurden die Völker in dem Sinn voneinander abhängig, als sie durch Aufsuchen der billigsten Bezugsquellen bzw. der besten Absatzgebiete einander als Abnehmer bzw. Verkäufer unentbehrlich wurden.

Der Güteraustausch von Land zu Land aber konnte nicht in der Weise abgewickelt werden, daß die Warenwerte sich gegenseitig vollkommen die Wage hielten, im Gegenteil, es entstanden Differenzen, deren Ausgleich durch Zahlung stattfinden mußte. Der Kaufmann, der Industrielle, der mit ausländischen Firmen verkehrte, war gezwungen, sich ausländisches Geld, fremde Valuten oder Wechsel auf fremde Plätze zu verschaffen. Vor dem Krieg wurden im allgemeinen fremde Devisen gekauft, um ein kommerzielles Geschäft, den Kauf, Verkauf von Waren (Waren im weitesten Sinne) ausführen zu können. Die Beschaffung der Devisen war nur Mittel zum Zweck und nicht Selbstzweck.

Verhältnismäßig wenige Banken[1]) kauften, verkauften und hielten vor dem Krieg für eigene Rechnung Devisen, abgesehen von der Hereinnahme von fremden Wechseln zu Diskontozwecken.

Die Devisenarbitrage wurde nur von einzelnen Banken ausgeführt, denen Spezialisten zur Verfügung standen.

Der Krieg brachte auch auf diesem Gebiete große Wandlungen.

Die Devisen unterlagen seit Beginn des Krieges, aus Gründen, die hier nicht zu erörtern sind, großen Schwankungen. Nicht nur Banken, sondern auch Private begannen diesen Valutaänderungen und -Schwankungen ihre Aufmerksamkeit zu schenken und versuchten aus diesen Schwankungen Gewinn zu ziehen. Je nach persönlicher Veranlagung und Beurteilung der Kriegslage wurde auf das Steigen oder Fallen einer bestimmten Devise spekuliert. Die wachsende Neigung des Publikums zum Spiel mit Devisen wurde nicht etwa nur durch die Banken befriedigt, sondern sie führte zur Gründung von zahllosen Firmen, die für eigene Rechnung, aber auch in Ausführung von Aufträgen Dritter Devisen kauften und verkauften und durch Reklame aller Art zu dieser gefährlichen Spekulation animierten. In der Schweiz wurden von Leuten, die von Devisen und Devisengeschäften nichts verstanden und fremdes Geld gar nicht benötigten, für große Summen fremde Valuten gekauft, besonders Mark und Kronen, in der Hoffnung, aus diesen gegenüber der Münzparität zu relativ tiefen Kursen erworbenen Anlagen große Gewinne ziehen zu können.

Diese spekulativen Käufe und Verkäufe führten erhebliche Bewegungen der davon betroffenen Devisen außerhalb des normalen, durch den Krieg allerdings stark gesteigerten Zahlungsbedarfes herbei, vergrößerten die Schwankungen und veranlaßten die Regierungen zum Einschreiten, zum Ergreifen von Schutzmaßnahmen, die dem gefährlichen Spiel mit seinem schließlich schädlichen Einfluß auf die Haltung der Währung ein Ende bereiten, dem Staat aber gleichzeitig fremde Devisen zur Deckung von Käufen im Ausland verschaffen sollten.

Es wurden Devisenzentralen errichtet; Deutschland ging voran mit dem Erlaß vom 28. Januar 1916; eine Reihe von

[1]) Finanz-Revue 10. V. 21.

kriegführenden Staaten ging in gleicher Weise vor[2]). Es erfolgte je nach der einzelnen Ausgestaltung eine strenge Ueberwachung des Verkehrs oder eine Monopolisierung.

Die Staaten gingen überhaupt allzu stark von der Voraussetzung aus, daß die Kursstürze zum größten Teil von der Spekulation herrührten, was in diesem Umfang nicht zutrifft. Es ist nicht zu vergessen, daß die Spekulation auf der Beurteilung der wirtschaftlichen Tatsachen und politischen Verhältnisse beruht und diese voraussehend und wertend benutzt; sie verschärft daher nur die ohnehin gegebene Tendenz, Hausse oder Baisse, manchmal allerdings in starkem Maße[3]). Alle diese Devisenverordnungen vermochten daher auch nicht den Kursrückgang zu verhindern. Nach dem Kriege gab Deutschland für einige Zeit den Devisenhandel wieder frei, stellte aber bald mit dem erneuten Kursrückgang eine neue Ordnung auf[4]), die noch ergänzt und teilweise umgestaltet wurde. Gegenwärtig (Sommer 1923) ist jeder freie Handel mit Devisen in Deutschland verboten[5]); ähnlich in Oesterreich, Ungarn und den Oststaaten.

Um sich Devisen zu beschaffen, verordneten während des Krieges Oesterreich-Ungarn, Deutschland, Italien und Rußland die Zahlung der exportierten Waren in Auslandswährung. Nach dem Kriege bestimmten die Außenhandelsstellen der verschiedenen deutschen Exportindustrien, daß die Zahlung in Auslandswährung beizubehalten ist, und daß ein Teil oder der ganze Betrag der Auslandsdevisen der Reichsbank zur Verfügung gestellt werden muß[6]). Deutschland richtete eine Devisenablieferungskontrolle[7]) ein, um sich Devisen zur Bezahlung der Reparationen zu beschaffen. Der Devisenterminhandel[8]) wurde eingeschränkt, keine Kursnotierungen für Termindevisen

---

[2]) Vgl. über die einzelne Ausgestaltung Blankart 73/92; über die Neuordnung des Devisenhandels durch die V. O. vom 25. II. 15 Hartung.

[3]) Gl. M. Pinner.

[4]) Vgl. Berliner Tagblatt 14. XII. 21, 4. X. 22. Prager Presse 15. X. 22. Frkf. Zeitg. 3. X. 22, 22. X. 22. N.Z.Z. 25. X. 22. Bund 2. XI. 22.

[5]) Vgl. Bund vom 14. V. 23 und 28. VI. 23.

[6]) Bund vom 25. X. 21, Deutsche Außenhandelskorrespondenz 21. XI. 21, 17. XI. 21, 20. X. 21, 10. XI. 21, 12. I. 22, 30. I. 22, 23. I. 22, 9. III. 22 usw.

[7]) Voss. Zeitg. 11. XI. 21. Frkf. Zeitg. 28. IX. 21.

[8]) Frkf. Zeitg. 20. XII. 20. Debatte über die Wiedereinführung der Kursnotierung für den Termindevisenverkehr.

erlaubt und in Berlin eine Devisenabrechnungsstelle[9]) errichtet. Eine weitere Behandlung aller dieser durch die Staaten mit sinkender Währung ergriffenen Maßnahmen würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, wir haben uns mit einigen Hinweisen auf deutsche Maßnahmen begnügt[10]).

Die Zunahme des Devisenverkehrs machte für die Banken diesen Geschäftszweig für einige Zeit zu einem der wichtigsten und einträglichsten. Da für die Abwicklung dieser in große Summen gehenden und mit erheblichen Risiken verbundenen Operationen gesetzliche Vorschriften und Usanzen nicht existierten, so entstand zwischen den Banken und ihren Klienten eine Menge von Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten, die aber selten bis zur gerichtlichen Entscheidung geführt wurden. Es ist deshalb angebracht, die Rechtsverhältnisse bei Devisengeschäften einer Untersuchung zu unterziehen.

§ 2. Begriff und Arten der Devisengeschäfte in technischer Beziehung.

I. Begriff von Währung, Valuta und Devisen.

Heutzutage hört man überall die Worte Währung, Devise, Valuta; sie werden bei jeder Gelegenheit gebraucht, vielfach ohne daß man sich Rechenschaft gibt, was sie eigentlich bedeuten. Das Wort Währung[1]) wird in verschiedenem Sinne gebraucht, je nach dem Gesichtspunkt, von dem man ausgeht. Währung wird z. B. gebraucht, um das in einem Land gebrauchte Geld, bzw. den Geldstoff zu bezeichnen[2]), Gold-, Silber-, Papierwährung, hinkende Währung, wenn z. B. nicht reine Goldwährung besteht, sondern neben dem Golde auch gewisse Silbermünzen absolut oder in gewissem Umfang gesetzliche Zahlungskraft besitzen.

Unter Währung[3]) versteht man aber auch die Rechnungseinheit, die einem Münzsystem zu Grunde liegt, z. B. «Fran-

---

[9]) N.Z.Z. 15. XII. 21. Ausführliche Behandlung Frkf. Zeitg. 30. VIII. 21.
[10]) Vgl. über weiteres die Zeitungen, Blankart und die übrige Literatur.
[1]) Vgl. Obst 18 ff. Swoboda 2 ff. Philippovich 1/276 ff.
[2]) Ehrenberg IV, 1. 581. Swoboda 3. Philippovich I 276.
[3]) Ehrenberg IV, 1. 587, Note 7, Swoboda 3.

ken»- bzw «Mark»-Währung. «Im engern Sinne versteht man unter Währung diejenige vom Staate als gesetzliches Zahlungsmittel anerkannte Geldart, in der jedermann Beträge in jeder Höhe zahlen kann, bzw. zahlen muß[4]).» Der Private hat dabei oft auch das unbeschränkte Recht, solche Metallzahlungsmittel beim staatlichen Münzinstitut prägen zu lassen.

Rechtlich ist Währung der Inbegriff aller Normen, die sich auf die als gesetzliches, unbeschränktes Zahlungsmittel anerkannte Geldart beziehen; oder, wie sich Ehrenberg IV. 1. 581 ausdrückt: «Der Inhalt der Rechtsnorm, nach dem es sich entscheidet, welches Geld Währungsgeld ist, heißt Währung.»

Wir werden, wenn wir später das Wort Währung benutzen, es hauptsächlich im engern Sinne verstehen.

Auch das O.R. verweist auf die Währung, nennt sie aber Landesmünze; O.R. Art. 84: «Geldschulden sind in Landesmünze zu bezahlen[5]).» Banknoten sind aber keine Landesmünze; es ist niemand gezwungen sie anzunehmen, wenn sie nicht durch Staatsakt zu Papiergeld erklärt werden, wie das zu Beginn des Krieges überall geschah, auch in der Schweiz[6]); B.V. Art. 39, al. 6 gibt dem Bund das Recht, in Zeiten der Not, Krieg, die Annahme von Banknoten verbindlich zu erklären. Immer verpflichtet die Noten anzunehmen sind die Notenbanken, bei uns die Nationalbank. Sie ist auch verpflichtet, ihre Noten gegen Landesmünze umzutauschen; seit Anfang des Krieges ist sie hievon befreit.

Unter Valuta versteht man fremde, ausländische Geldsorten[7]). Danach würden Banknoten im eigentlichen Sinne, die nicht angenommen werden müssen, auch nicht in beschränktem Maße, nicht unter den Begriff fallen. Nur dann sind sie auch Valuta, wenn sie auch Papiergeld sind, also angenommen werden müssen, als gesetzliches Zahlungsmittel erklärt worden sind. Der Begriff Valuta wurde aber nie in diesem engen, strengen Sinne angewandt, man nahm an, daß auch die Banknoten «Valuta» darstellen. Im Verkehr werden eben die Bank-

---

[4]) Vgl. Obst 19.
[5]) Vgl. B.G.B. § 244.
[6]) B.R.B. 30. VII. 1914.
[7]) Philippovich II, 2. 217. Oesterr. Staatswörterbuch I, 618.

noten dem Geld assimiliert, sie haben den gleichen Umlauf und werden in Ländern mit geordneter Währung und Währungsverhältnissen wie Geld behandelt und im Ausland, der geringen Versandspesen wegen, dem Metallgeld vorgezogen.

Devisen sind Wechsel, die auf ausländische Währung lauten und im Ausland zahlbar sind[8]). Natürlich fallen nicht nur reine Wechsel darunter, sondern auch Checks, wechselähnliche Papiere, Anweisungen, telegraphische Zahlungsanweisungen[9]), Auszahlungen, versements[10]).

II. Arten des Devisengeschäftes.

1. Vor allem ist hier die Tätigkeit der Notenbanken auszuscheiden, deren Zweck nicht Erzielung eines Gewinnes ist, sondern die den Kurs der eigenen und der fremden Währung beeinflussen soll, sog. Devisenpolitik. Die zentrale Notenbank kauft fremde Devisen auf, legt sich ein großes Portefeuille in auswärtigen Wechseln an, um bei fallender eigener Währung die Devisen auf den Markt zu werfen und eigene Wechsel aufzukaufen, eine Tätigkeit, die ihren wirklichen Erfolg nur dann haben kann, wenn der Kurs der eigenen Währung durch das Gesetz von Angebot und Nachfrage beherrscht wird. Andere Mittel zur Hebung des Kurses der eigenen Währung waren in gewöhnlichen Zeiten Erhöhung des offiziellen Diskontsatzes, Goldarbitrage und Aufnahme von Anleihen im Ausland. Letzteres Mittel hat beispielsweise die Schweiz gegenwärtig angewandt durch eine Anleihe[11]) in den U. S. A. in Verbindung mit einer Erhöhung des Diskontsatzes[12]).

Wir können zwei Arten des Devisengeschäftes unterscheiden: Devisengeschäfte zwischen den Banken und ihren Klienten und Devisengeschäfte der Banken untereinander, sei es an der Börse oder außerbörslich. Die beiden Arten stehen

---

[8]) Philippovich II, 2. 217. Swoboda 12.

[9]) Gl. M. Reitler 8. Oesterr. Staatswörterbuch I, 618.

[10]) Vielfach wird die Bezeichnung «Devisen» auch für Guthaben, Forderungen in ausländischer Währung gebraucht. Man kauft fremde Devisen in irgendeiner Form. Auch in vorliegender Arbeit wird das Wort «Devisen» hie und da in diesem weiten Sinne angewandt werden.

[11]) Die Titel sind vom 1. August 1923 datiert.

[12]) Vgl. über Devisenpolitik Blankart.

aber in bestimmter Beziehung zueinander. Die Bank wird zuerst danach trachten, aus eigenen Mitteln den Bedürfnissen ihrer Klienten nachzukommen, indem sie, wenn dies möglich ist, selbst eintritt oder die Kaufs- und Verkaufsaufträge, die bei ihr einlaufen, miteinander kompensiert und glattstellt. Die Ueberschüsse («Saldi») werden dann an oder außer der Börse gekauft oder verkauft.

2. Geschäfte zwischen Bank und Klient: Durch den großen, von vielen als nur vorübergehend betrachteten Kurssturz der Währungen der kriegführenden Staaten verleitet, wurden große Posten Banknoten, besser gesagt Papiergeld, gekauft. Dies ist die eine Form des Devisenhandels: Der Klient kauft fremdes Geld, bewahrt die Noten auf in der Hoffnung, solche mit Gewinn abstoßen zu können, und entzieht damit die Operation jeglicher Kontrolle. Diese Geschäfte sind meist Kassageschäfte, können aber auch durch einfache Belastung des Klienten bei Uebergabe der Noten erledigt werden. Dabei verzichtet der Käufer auf eine Zinsvergütung auf seinem fremden Valutabesitz.

Eine zweite Form ist der Kauf von fremden Wechseln und Checks. Die Bank diskontiert ihrem Klienten seine aus Exportgeschäften erhaltenen fremden Wechsel; seltener kommt es vor, daß ein Privater bei einer Bank Wechsel auf das Ausland kauft; das geschieht seitens großer Import- und Exporthäuser zwecks Kurssicherung.

Im Falle des Kaufes von Checks zieht die Bank einen solchen an die Order des Klienten oder der von ihm bezeichneten Person oder Firma auf eine mit ihr in Verkehr stehende Bank des betreffenden Landes, in dem der Klient Zahlungen zu leisten hat oder Guthaben schaffen will. Die Schweizer Bank teilt dem Korrespondenten sofort brieflich mit, sie «avisiert» ihm ihre Entnahme, wie der technische Ausdruck lautet, daß sie einen Check in dem und dem Betrage zu Gunsten des X auf ihn gezogen habe. Die Schweizer Bank trägt im Konto Soll der Kasse, bei Abwicklung gegen bar, oder Soll des Konto des Klienten, bei Belastung in Rechnung, und im Haben des Kontos der ausländischen Bank den Wert des trassierten Checks ein und die ausländische Bank trägt ihn ins Konto Soll der Schweizer Bank und, bei Vorweisung, wenn der Inhaber im Verkehr mit ihr steht, in dessen Haben, oder bei

Clearing in Clearing oder in Kasse Haben, wenn sie den Check auszahlt.

Bei Devisenkäufen in Währungen überseeischer Länder, insbesondere der U. S. A., sind zwei Kursnotierungen zu beachten, Cable und Check, letzterer ist immer billiger als ersteres, da die Schweizer Bank im Zinsgenuß des ganzen Betrages fremder Valuta bleibt, bis ihr Avis bei der amerikanischen Bank einläuft, in welchem Moment die Schweizer Bank belastet wird und für diesen Betrag den Zinsgenuß verliert. In der Zwischenzeit, zwischen Verkauf des Checks und Anlangen des Avisbriefes, blieb sie noch im vollen Zinsgenuß der fremden Valuta und konnte den beim Verkauf erhaltenen Gegenwert (Kaufpreis) sofort nutzbringend anlegen. Da ein gewöhnlicher Brief 8—12 Tage braucht, um in den Besitz des amerikanischen Korrespondenten zu gelangen, so kann die Schweizer Bank Checks auf Amerika um die so entstehende Zinsdifferenz billiger abgeben als Cable. Bei Kauf von Dollars Cable muß der amerikanische Korrespondent telegraphisch angewiesen werden, die Summe an X oder dessen Order auszubezahlen. Die Schweizer Bank wird hier sofort belastet, und es fällt die soeben erwähnte Zinsdifferenz fort.

Eröffnung von Konti in fremder Währung. Die Bank kauft für ihren Klienten ein Guthaben in der betreffenden fremden Währung und teilt ihm mit, daß sie es auf ihren Namen, aber auf Rechnung und Gefahr des Klienten bei der und der ausländischen Bank angelegt habe, und daß er nur vermittelst Check oder Auszahlungen darüber verfügen könne. Er darf für den angelegten Betrag nicht Banknoten von der Schweizer Bank verlangen. Die Bank bestimmt weiter, daß sich der Klient allen Verfügungsbeschränkungen unterwerfen muß, denen sie selbst infolge von Verordnungen aus- oder inländischer Behörden, Kriegsfolgen u. a. m. unterworfen ist oder noch werden könnte. Steuern und Abgaben hat er zu tragen. Der Klient steht mit der ausländischen Bank in keinem Verkehr; alles geht durch die Schweizer Bank, diese stellt die Checks aus, führt überhaupt die Rechnung. Die Guthaben der einzelnen Klienten sind nicht in Separatkonti im Ausland angelegt, sondern in der Regel in einem einzigen, auf den Namen der Bank lautenden Konto. Der Klient muß gewöhnlich schriftlich bestätigen, daß er mit den Bedingungen ein-

verstanden ist. Nach einem früher gebrauchten Formular erklärte eine Bank das schweizerische Recht als anwendbar; gegenwärtig wird diese Klausel selten mehr gebraucht, wenn ein besonderes Formular für dieses Verhältnis besteht. Die Eröffnung und Führung derartiger Konti ist die gebräuchlichste Form der Abwicklung der Devisengeschäfte der Banken geworden.

3. Devisengeschäfte der Banken untereinander und an der Börse. Die Bank kauft gewöhnlich nach Kompensierung der Kaufs- und Verkaufsaufträge die Spitzenbeträge an der Devisenbörse, wo eine solche existiert, oder direkt bei andern Banken. Daneben liquidiert sie durch Kauf oder Verkauf ihre fälligen eigenen spekulativen Positionen, die sie auf Grund von Indizien (Tips) über die Kursgestaltung eingegangen ist.

Während des Krieges und später kam der Devisenarbitrage große Bedeutung zu. Die Devisenarbitrage nützt die Kursunterschiede der Währungen auf den verschiedenen Plätzen aus. Dieses Geschäft erfordert eine genaue Kenntnis der Platzusanzen und Gebühren. Obschon die Arbitrage die Kursdifferenz ausnützt, ist sie kein Differenzgeschäft, denn es wird immer erfüllt. Ihr Gewinn ist die gleiche Differenz, die auch der Kaufmann lukriert, der Waren einkauft und sie teurer verkauft. Bei der Arbitrage sind die Preise zum vornherein gegeben, und die gewinnbringende Differenz liegt in der lokalen Verschiedenheit der Preise.

Die Arbitrage hat unmittelbar volkswirtschaftliche Wirkungen, die von großem Einfluß sind. Durch das Ausnützen der Kursdifferenzen bewirkt sie eine Nivellierung der Kurse auf den verschiedenen Plätzen, dies vornehmlich in normalen Zeiten.

Da bei der Arbitrage die Zeit und die schnelle Verbindung mit den Kontrahenten eine ausschlaggebende Rolle spielen, weil in kurzer Zeit die Kurse sich ändern können, so werden die Geschäfte meistens auf telephonischem oder telegraphischem Wege abgeschlossen. Von Wichtigkeit sind zuverlässige Korrespondenten auf den andern Plätzen, durch die man über die Tendenzen auf dem laufenden gehalten wird und Mitteilungen erhält, wenn irgendeine einschneidende, die Kurse stark beeinflussende Aktion im Gange ist.

Aus diesen Gründen verbinden sich oft Banken verschiedener Länder, um das Arbitragegeschäft gemeinsam auszuführen. Bei Verbindung zweier Banken liegt das Metaverhältnis vor, bei Verbindung von drei Banken spricht man von Trio (Conto à Trio). Die Banken operieren für gemeinsame Rechnung und teilen am Ende der Periode den Gewinn oder Verlust.

Durch die Zinsfußarbitrage werden die Zinsfußdifferenzen der verschiedenen Länder ausgenützt. Zum Beispiel der Zinsfuß in der Schweiz ist 4¼% und der italienische 4¾%. Die Schweizer Bank kauft italienische Wechsel per drei Monate und hat nun während dieser Zeit den Genuß eines um ½% höheren Zinsfußes. Dabei läuft sie aber das Risiko, daß bis zum Moment der Fälligkeit der Wechsel der Lirekurs gesunken ist und dadurch der Zinsgewinn aufgezehrt oder in einen Verlust umgewandelt wird. Um dieser Gefahr zu entgehen, werden die Eingänge auf Termin verkauft, oder zur Verfügung stehende Bestände liquidiert, um bei Verfall der Wechsel durch deren Eingang gedeckt zu werden.

Den gleichen wirtschaftlichen Effekt bringen die Pensionen hervor; die rechtliche Konstruktion ist aber verschieden. Die Schweizer Bank erhält zur Sicherheit für ein Darlehen in Schweizerwährung an eine ausländische Bank fremde Wechsel. Das Darlehen wird verzinst zu einem Zinsfuß, sog. Pensionssatz, der höher ist als der Diskont in der Schweiz, und in dieser Differenz liegt der Gewinn; der Pensionssatz ist aber in der Regel niedriger als der Diskont im Ausland, sodaß die ausländische Bank ihrerseits ebenfalls eine Zinsfußdifferenz zu ihren Gunsten herausschlägt. Die ausländische Bank ist verpflichtet, gegen Rückgabe der in blanko indossierten Wechsel das Darlehen in Schweizer- bzw. in der Währung des Darlehens zurückzubezahlen; die ausländische Bank trägt demnach das Kursrisiko und nicht der Pensionshalter; für ihn liegt ein change assuré vor. Die einzige Gefahr für den Pensionshalter ist die Insolvenz des Gegenkontrahenten, er hat aber Sicherheiten in Händen in Form der blanko indossierten Wechsel, die er nur nach Rückzahlung des Darlehens zurückgibt.

Bei der Devisenreportierung werden Guthaben in fremden Währungen ausgetauscht; es ist ein der Effektenreportierung

analoges Geschäft. Nach Ablauf der Reportdauer muß jede Partei den erhaltenen Betrag fremder Währung zurückerstatten, wobei der eine der Kontrahenten dem andern ein Entgelt (Report) für das Ueberlassen des Betrages zu entrichten hat.

Außer diesen Operationen können die an den Effektenbörsen bekannten Transaktionen auch mit Devisen abgeschlossen werden, wie Vor- und Rückprämien, Stellagen und Nochgeschäft. Wir werden sie später noch kurz behandeln.

Zweites Kapitel.

Einzelne Geschäfte.

Das zweite Kapitel ist in zwei Unterabschnitte eingeteilt, wobei im ersten Geschäfte, die hauptsächlich zwischen Banken und ihren Klienten abgeschlossen werden, zur Behandlung kommen. Im zweiten Unterabschnitt werden Devisenoperationen zwischen Banken untereinander betrachtet.

Erster Unterabschnitt.

§ 3. Kauf von Valuten, Wechseln und Checks.

I. Kauf von Banknoten und Papiergeld.

Die Banknote ist ein Wertpapier, das in großer Zahl serienweise von einer zur Ausgabe vom Staate ermächtigten Stelle ausgegeben wird und auf runde Summen lautet. Es ist ein Inhaberpapier. Die Bank verpflichtet sich darin, dem Ueberbringer sofort gegen Vorweisung die genannte Summe in Währungsgeld auszubezahlen. Gewöhnlich verweist die Bank auf der Note auf das Gesetz, das sie berechtigt, die Noten auszugeben, und verpflichtet, für die nötige Deckung zu sorgen und sie einzulösen[1]). «Die Banknote ist eine Anweisung einer Bank auf sich selbst, zahlbar auf Sicht an den Ueberbringer[2]).» Nach Cosack ist die Banknote ein Schuldschein, der auf den Inhaber gestellt ist[3]). Unseres Erachtens ist es besser, das Wort Anweisung nicht zu gebrauchen, da es leicht dazu verleiten könnte, an ein Orderpapier zu denken, während die Banknote ein typisches Inhaberpapier ist.

---

[1]) Vgl. die Banknoten der Nationalbank bei der Fünfernote von 1921: «Gesetzgebung über die Schweiz. Nationalbank 1921»; bei der Zwanzigernote 1920: «Gesetz vom 6. Oktober 1905».

[2]) Vgl. Philippovich I, 280.

[3]) Cosack § 84 I, Pag. 320.

Die Banknote als Inhaberpapier unterliegt bei uns nicht allein dem O.R., sondern noch den Spezialgesetzen über die Nationalbank. Nach Art. 847 O.R. können nur Einreden, die gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind, oder aus der Urkunde selbst hervorgehen, erhoben werden. Nach rein privatrechtlichen Begriffen würde eigentlich der einfache Hinweis auf die Gesetzgebung betr. die Nationalbank nicht genügen, um z. B. die Nichteinlösung der Noten, wie dies während des Krieges gehalten wurde, zu rechtfertigen. Das B.Ger. hat festgestellt, daß Reglementsbestimmungen nicht berücksichtigt werden können, sofern sie nicht im Kontext aufgenommen sind, auch wenn die Urkunde auf das Reglement verweist[4]). Nach Art. 22 des B.Ges. über die Nationalbank vom 7. April 1921 ist der Bundesrat ermächtigt, in Zeiten der Not die Noten als gesetzliches Zahlungsmittel zu bezeichnen und die Nationalbank von der Einlösungspflicht zu entheben[5]). Wird davon Gebrauch gemacht, so geschieht dies zum Schutz der schweizerischen Finanzwirtschaft und es wird aus öffentlichen Gründen die Banknote, ein Inhaberpapier, zu Papiergeld, zu einem gesetzlichen, mit Zwangskurs versehenen Zahlungsmittel. Die Schuldnerin wird einseitig durch den Staat von einer Pflicht entbunden, ohne daß dies auf der Banknote vorgemerkt zu werden braucht. Während des Krieges nahm der Staat noch weitere Eingriffe in die Privatrechtssphäre vor, z. B. die Mieterschutzverordnungen; bei den Banknoten ist aber dieser Eingriff im Gesetz über die Nationalbank vorgesehen. Art. 847 O.R. gilt demnach nur soweit, als das Nationalbankgesetz nichts anderes enthält, obschon auf der Banknote nur in genereller Klausel auf die Gesetzgebung verwiesen wird.

Wird aber die Banknote als solche als gesetzliches Zahlungsmittel bezeichnet und die Einlösung gegen Hartgeld aufgehoben, was während des Krieges in allen Staaten angeordnet wurde, so verliert die Banknote ihren Charakter als Geldsurrogat, als eigentliche Schuldverpflichtung der Bank und wird zu Papiergeld.

Erwirbt jemand eine solche Note, so erwirbt er kein Inhaberpapier mehr, dessen Schuldner die Bank ist, sondern er erhält Geld, es liegt wirtschaftlich ein Geldwechselgeschäft vor.

---

[4]) B.E. 43 II 810.

[5]) Art. 39, al. 6, B.V.; ähnlich Art. 23, al. 3, des Gesetzes von 1905.

Während des Krieges und später noch wurden in der Schweiz, wie bereits erwähnt, fremde Noten, Papiergeld erworben, einmal wegen der leichteren Verfügbarkeit als bei Anlage in Kontokorrentguthaben und vielleicht auch im Bestreben, diese Anlage aus steuerrechtlichen Gründen besser verheimlichen zu können. Es ist natürlich schwer, eine genaue Summe zu nennen, doch hat man in Fachkreisen im Jahr 1920/21 den Betrag der Marknoten in der Schweiz auf zwei Milliarden Nominalwert geschätzt, zu einer Zeit, wo der Kurs der Mark noch relativ hoch stand[6]). Heute ist der Nominalbetrag noch viel größer.

Rechtliche Natur des Geldwechselgeschäftes. Aus den Art. 237/38 O.R. in Verbindung mit Art. 184 ff. O.R. geht hervor, daß beim Tausch eine Sache gegen eine andere hingegeben wird; der Hauptunterschied des Kaufs zum Tausch liegt in der Geldleistung des Käufers.

Unseres Erachtens liegt in unserm Fall ein Kaufvertrag vor, denn der eine will fremde Noten erwerben und gibt dafür Landesmünze. Die Hingabe des Schweizer Geldes erfolgt nicht als Uebergabe einer Ware, sondern als gesetzlicher Wertmesser und Zahlungsmittel, als Währungsgeld. Die fremden Noten werden aber als Sache, als Objekt übergeben, man will solche fremde Zahlungsmittel als Waren kaufen[7]).

Werden in der Schweiz fremde Noten gegen andere fremde Noten erworben, z. B. mit französischen Franken österreichische Kronen, so könnte allenfalls ein Tauschvertrag vorliegen, denn hier werden zwei Geldarten als Waren ausgetauscht. Dem steht aber die Praxis der Banken und Geldwechselgeschäfte entgegen, indem diese nicht direkt französische Franken gegen Kronen umtauschen, sondern sie kaufen zuerst vom

---

[6]) 1920 höchster Kurs Fr. 17.— für 100 Mark und tiefster Kurs 5.62. 1921 höchster Kurs Fr. 11.35 für 100 Mark und tiefster Kurs 1.65. Vgl. Mitteilungen des Schweiz. Bankvereins Mai 1923.

[7]) Gl. M. Oser, Art. 184, Note II 2b. Fick, Vorbemerkungen zu Art. 237, Note 10. Oertmann, Vorbemerkungen zu §§ 433 ff. B.G.B. S. 372. O.L.G. Hamburg vom 14. X. 22 im Recht 27 Nr. 189: Die Geldsorten fremder Staaten bedeuten für den inländischen Verkehr nicht Geld, sondern Ware. Der Austausch von ausländischem Geld gegen deutsches ist in der Regel Kauf. A. M. Becker, Vorbemerkungen zu Art. 184—186, Note 18.

Klienten die französischen Franken und mit dem erhaltenen Schweizer Geld kann letzterer dann die Kronen kaufen, sodaß die Bank auch zwei Mal die Kurs-Marge ausnützt. Hier handelt es sich um Verkauf von französischen Franken und Kauf von Kronen, also um zwei Kaufgeschäfte.

In der Natur des Kaufgegenstandes, der Ware, liegt es, daß nicht alle Regeln des Kaufvertrages anwendbar sind.

Art. 192 ff. O.R. werden nie zur Anwendung kommen, gutgläubige Erwerber vorausgesetzt, denn nach Art. 935 Z.G.B. können Geld- und Inhaberpapiere, Papiergeld oder Banknoten den gutgläubigen Erwerbern nicht zurückverlangt werden, sodaß die Gewährleistung des veräußerten Rechts, Eigentum an den Noten, nicht in Betracht kommt.

Gewährleistung für Mängel. Art. 197 ff. O.R. Handelt es sich um Banknoten im engern eigentlichen Sinne, so liegt Kauf eines Inhaberpapiers, eines Rechts, einer Forderung vor. Besteht die Forderung nicht, ist die Banknote gefälscht, so wurde gar keine Forderung übertragen. Die Zession konnte nicht stattfinden, der Verkäufer hat nichts geleistet. Die Banknote hat als Wertpapier eine doppelte rechtliche Gestalt: einesteils ist sie körperliche Sache, andernteils ist sie Trägerin eines Rechts. Art. 192 kommt nicht in Betracht, denn er behandelt die Entwehrung, den Fall, wo ein Dritter ein besseres Recht an der Sache bzw. an im Papier verkörpertem Recht geltend macht und gestützt darauf dem Käufer den Kaufgegenstand entzieht. Soweit am Papier als solchem ein Mangel liegt, kann von Sachmangel gesprochen werden. Dies ist aber bei einer falschen Note nicht der Fall; ebensowenig liegt ein rechtlicher Mangel vor. Bei einem rechtlichen Mangel nach Art. 197 O.R. kann der Käufer den Gegenstand nicht in dem rechtlichen Umfange verwenden, wie er wollte: Mangel in der Verkehrsfähigkeit[8]). Bei Hingabe einer falschen Note wurde gar nicht erfüllt, es liegt ein Erfüllungsgegenstand vor, der mit dem bedungenen, dem Wertpapier nichts gemein hat, also eine ganz andere Ware ist[9]).

---

[8]) Becker, Vorbemerkungen zu Art. 197—210, Nr. 2. Oser zu Art. 197, Note 2a. Fick 197, Nr. 49.

[9]) Gl. M. Recht 27, Nr. 220. R.G. I. vom 23. IX. 22. Fick, Art. 184 O.R. Nr. 32.

Rechtlich gleich ist die Sachlage, wenn es sich um eigentliches Geld, Papiergeld handelt. Der Käufer wollte gesetzliches Zahlungsmittel eines fremden Landes kaufen; werden ihm gefälschte Zahlungsmittel, Papiergeld geliefert, so ist das eine untaugliche Leistung, denn der Verkäufer hat nicht gesetzliche Zahlungsmittel gegeben. Es fehlt nicht nur eine Eigenschaft; der Käufer wollte Noten, die von der durch den Staat ermächtigten Bank herausgegeben worden sind, sie sind demnach generisch bestimmt; der Verkäufer hat nicht aus dieser Gattung geleistet, wie er sollte.

Nach dem Friedensschluß mußten die Noten der österreichisch-ungarischen Bank den Sukzessionsstaaten zur Stempelung abgeliefert werden. Nach tschechoslovakischer Gesetzgebung[10]) und einer Vollziehungsanweisung[11]) Deutsch-Oesterreichs gelten nur mehr die gestempelten Noten als gesetzliches Zahlungsmittel. Liefert der Käufer ungestempelte Noten, so hat er nicht gesetzliche Zahlungsmittel geleistet und er muß nachliefern.

Solche Fälle spielen keine große Rolle, erstens wegen des kleinen Wertes besonders der Mark- und Kronennoten und zweitens des Beweises wegen, denn hat der Käufer die Noten angenommen und macht er später die Einwände geltend, so muß er im Zweifel nachweisen, daß er die falschen Noten von der Bank erhalten hat; Nummernbordereaux aber werden bei Kauf von Noten nicht ausgestellt.

Die Haftung für körperliche Mängel kann nur insoweit von Bedeutung werden, wenn zerrissene, zusammengesetzte, oder sonstwie mit Fehlern behaftete gültige Noten übergeben werden. Hier handelt es sich um Mängel, die das Papier als körperlichen Gegenstand, als Sache betreffen und daher nach den Art. 197 ff., insbesondere Art. 201 O.R. sofort gerügt werden müssen, währenddem bei gefälschten Noten eine sofortige Rüge nicht notwendig ist, sofern nicht eine diesbezügliche Usanz besteht, die beiden Parteien bekannt ist.

---

[10]) §§ 2 und 3 des tschechoslovakischen Gesetzes vom 10. IV. 19.

[11]) § 1 der österreichischen Vollziehungsanweisung vom 25. III. 19, bei Walker 412.

II. Kauf von Wechseln.

1. Wie wir in der Einleitung gesehen haben, verstehen wir unter Devisen im engern Sinne Wechsel, Checks, Anweisungen, die auf fremde Währung lauten und in einem andern Land zahlbar sind. Mit ihnen werden Forderungen, Schulden beglichen, ohne daß effektiv Geld, Banknoten, Gold in das andere Land transportiert werden müssen. Exporteure, Importeure ziehen oder akzeptieren Tratten auf ihre Schuldner, bzw. ihrer Gläubiger oder sie kaufen auf dem Markt Wechsel und Checks auf das Land ihres Gläubigers, um durch Uebersendung derselben ihren Lieferanten zu bezahlen.

2. Der Kauf von Wechseln kommt in der Praxis fast nur in einer Form vor, im Diskontieren durch die Banken. Nur große Handelshäuser kaufen selber bei den Banken Wechsel auf fremde Plätze zwecks Kurssicherung. Die Banken unterscheiden die Wechsel, abgesehen von Laufzeit und Unterschriften, in Kommerz- und Finanzwechsel. Ersteren dient als Basis der Wechselziehung ein Handels-, letzteren ein gewöhnliches Finanzierungsgeschäft, dem keine Lieferung von Waren zu Grunde liegt. Prinzipiell diskontiert die Nationalbank nur Schweizer Wechsel, die den Charakter von Kommerzpapier haben, maximal 90 Tage laufen und die Unterschrift von zwei solventen, voneinander unabhängigen Personen tragen.

Durch das Diskontieren von Wechseln kann eine Bank ihren Klienten Kredit gewähren, sog. Diskontokredit. Der Klient darf Wechsel und Anweisungen zur Diskontierung geben, bis zu einem bestimmten Betrag, der Diskontlimite[12]).

Nach der herrschenden Ansicht ist das Diskontieren nichts anderes als ein Kaufvertrag; die Bank kauft den noch nicht fälligen Wechsel unter Abzug des Diskonts[13]). Der Preis des Wechsels wird durch die auf dem Wechsel angegebene Summe

---

[12]) Vgl. über diese Kreditart Zimmermann, S.J.Z. 19/193 ff.

[13]) Dafür auch R.G. in Bankarchiv 18/55, Urteil vom 9. XI. 18, und in Bankarchiv 7/121. Dagegen sind nur wenige Schriftsteller, u. a. C. Wieland, Thaller, Traité élémentaire de droit commercial 1916, Nr. 1624, pag. 812/13; diese nehmen ein Darlehen an. Darlehen wird dann auch von der herrschenden Meinung angenommen, wenn abgemacht wird, daß der Wechselgeber bis zur Fälligkeit das Recht oder auch die Pflicht hat, gegen Rückerstattung der erhaltenen Summe den Wechsel zurückzuverlangen. Béguelin 784. Goetzinger, Art. 728 O.R. Nr. 9, S.J.Z. 2 Nr. 518.

(Wechselsumme) und den Diskontosatz bestimmt. Der von der Bank ausbezahlte oder gutgeschriebene Betrag bildet den Preis für den Wechsel.

Die Banken diskontieren unter Eingangsvorbehalt, handle es sich um sog. akzeptierte oder unakzeptierte Kundenwechsel, Wechsel, die ein Kaufmann, Lieferant auf seine Kunden zieht, oder handle es sich um Wechsel anderer Art oder um sog. Devisen.

Nach einem bundesgerichtlichen Entscheid, 44 II Nr. 34, liegt in dieser Klausel eine Resolutivbedingung. Geht der Wechsel nicht ein, d. h. wird er nicht eingelöst, so fällt der Vertrag ohne weiteres dahin, ipso iure. «Mit Eintritt der auflösenden Bedingung endigen die Wirkungen des Rechtsgeschäftes; an ihre Stelle tritt der frühere Rechtszustand[14]).» Der Verkäufer des Wechsels, Indossant, hätte das Recht, den Wechsel zurückzuverlangen, zu vindizieren gegen Herausgabe des ihm bezahlten Kaufpreises. Da ohne vertragliche Abmachung keine Rückwirkung stattfindet, Art. 154, al. 2 O.R., so könnte die Bank nur den effektiv bezahlten Betrag zurückverlangen. Sie dürfte trotz des Indossamentes nicht auf wechselrechtlichem Weg vorgehen, nicht Provision und 6% Verzugszinsen verlangen, höchstens die Protestkosten, wenn man annimmt, daß sie als Mandatar, Art. 402 O.R., oder als Geschäftsführer ohne Auftrag, Art. 422 O.R., den Protest vorgenommen hat. Nur wenn sie die Verzinsung des Kaufpreises und Ersatz aller Auslagen ausdrücklich oder stillschweigend sich ausbedungen hätte, dürfte sie die Ansprüche geltend machen. Die Bank könnte auch nicht die Rechte des Art. 173 O.R. beanspruchen, obschon im Diskontieren die Abtretung einer Forderung liegt, denn mit der Resolutivbedingung fallen alle Wirkungen und Rechte aus dem Rechtsgeschäft dahin, folglich auch die Rechte des Art. 173 O.R.

Dies sind im allgemeinen die Konsequenzen der bundesgerichtlichen Ansicht.

In der Praxis werden aber derartige Fälle von den Parteien nicht so behandelt. Vor allem geht die Absicht der Vertragsschließenden nicht dahin, daß bei Nichteingang die Bank verpflichtet ist, den Wechsel gegen Rückgabe der

---

[14]) von Tuhr II 2, S. 312, Ziff. 2.

Kaufsumme herauszugeben, was der dinglichen Wirkung der Resolutivbedingung entsprechen würde[15]).

Die Bank will nicht zum vornherein auf ihre Rechte aus dem Wechselrecht bei Nichteingang verzichten; sie will ebensowenig ihrem Indossanten während der Laufzeit des Wechsels Geld zinslos zur Verfügung gestellt haben. Nach der Praxis gehen die Banken in der Regel gemäß Wechselrecht vor; d. h. sie nehmen gegen ihren Indossanten und seine Vormänner den Regreß und machen Gebrauch von den Rechten, die ihnen Art. 768 O.R. gibt. Hat der Indossant bei der Bank ein Guthaben und steht er in laufender Rechnung mit ihr, so wird er für die Wechselsumme plus Provision, Zinsen und Kosten belastet und ihm der protestierte Wechsel mit dem gestrichenen Indossament zurückgeschickt. In Bern geschieht dies am ersten oder zweiten Tag nach dem Protesttag. Anstatt daß der Wechsel buchhaltungstechnisch durch Kassaeingang aus der Buchhaltung verschwindet, geht er durch Belastung des Kontos des Klienten aus den Büchern.

Hat der Klient kein Guthaben, so wird er bei «ohne-Kosten-Wechseln» usanzgemäß fünf Tage nach Verfall aufgefordert, innert einer bestimmten Frist, gewöhnlich zehn Tagen, die Regreßsumme zu bezahlen, bzw. innert dieser Frist für Deckung zu sorgen. Leistet er nicht, so wird er binnen dreißig Tagen gestützt auf die Wechselunterschrift[16]) betrieben.

---

[15]) Becker, Art. 154 O.R. Nr. 5.

[16]) Ueber die Möglichkeit, den Wechselregreß trotz Art. 117 O.R. beim Kontokorrentvertrag geltend zu machen, vgl. Oederlin 1 ff. La cour de justice civile de Genève verwirft u. E. nicht mit stichhaltigen Gründen die Ansicht, daß nicht die Wechselsumme, sondern der Kaufpreis im Kontokorrent figuriert. Dies geht aber schon aus dem Umstand hervor, daß die Bank den Wechsel weiter begeben kann, d. h. die Rechte aus dem Wechsel geltend machen kann und daß der Indossatar der Bank ohne weiteres den Indossanten der Bank wechselrechtlich belangen könnte. Die Bank braucht nur den Wechsel weiter zu begeben, auch nur fiduziarisch und dann wäre der Regreß möglich. Vgl. Revue du droit financier 1920, S. 82 f. Endemann III/958, zweitletzter Absatz. Cosack 337 X; Becker, Art. 117 O.R. Nr. 1. Dem entsprechen oft die allgemeinen Kontokorrentbedingungen. Eine Bank bestimmt z. B. in ihren allgemeinen Kontokorrentbedingungen: «Von Kunden an uns indossierte, später aber mangels Zahlung mit Protest zurückkommende Wechsel, sind wir berechtigt, nach eigener Wahl entweder auf Konto zu belasten, oder den Betrag nebst Zinsen, Provision und Kosten, ohne Rücksicht auf das bestehende Rechnungsverhältnis, von unserm Vormann und von jedem einzelnen Wechselverpflichteten einzufordern.»

In der Praxis wird also nicht angenommen, daß der Kaufvertrag ipso iure aufgehoben wird, mit andern Worten in der Klausel «Eingang vorbehalten» ist nicht eine Resolutivbedingung enthalten. Oederlin sieht die Klausel «sauf encaissement» ebenfalls als Resolutivbedingung an. Vgl. Oederlin S. 54 ff. und 90. Er verwechselt aber meines Erachtens die Klausel aus dem Kaufvertrag mit der Klausel aus dem Kontokorrentverhältnis, wo nach herrschender Ansicht jede Gutschrift unter Klausel, auch stillschweigend, «Eingang vorbehalten» erfolgt[17]). Die Banken gebrauchen regelmäßig, wenn sie einen Wechsel diskontieren, die Klausel «Eingang vorbehalten», gleichgültig, ob sie mit dem Wechselverkäufer in einem Rechnungsverhältnis stehen oder nicht. Der Vorbehalt bezieht sich also auf den Kaufvertrag und nicht etwa auf das allfällig bestehende Kontokorrentverhältnis. Daß Oerderlin also nicht unsere Klausel als Resolutivbedingung ansieht, geht auch daraus hervor, daß er dem Wechselinhaber, der Bank, das Wechselregreßrecht zuerkennt und sie als Eigentümerin des Wechsels ansieht, trotz eingetretener Resolutivbedingung[18]). Die Gegenbuchung bei nicht Eingang im Kontokorrentverhältnis ist nur die Stornierung der Gutschrift, aber nicht der Regreß[19]). Belastet aber die Bank im Kontokorrent den Kunden für die Wechselsumme, Provision, Protestkosten und Zinsen, so ist das nicht mehr eine Stornierung, sondern der Regreß[20]).

Man könnte versucht sein, der Eingangsklausel überhaupt jede rechtliche Bedeutung zu versagen, indem man auf deren Ursprung zurückgeht: Die Klausel wurde angebracht, wenn ein Wechsel zum Inkasso übergeben und dabei sofort gutgeschrieben wurde. Hier war dieser Vorbehalt gerechtfertigt. Aber wir sehen, daß der Vorbehalt in der Praxis nicht nur beim Kauf von Wechseln gemacht wird, sondern auch beim Kauf von gekündeten oder kurzfristigen Obligationen, Coupons und andern Wertpapieren, bei denen die Forderung in kurzer Zeit und ohne Schwierigkeiten eingehen soll, wo der Käufer

---

[17]) B.E. 25 II/513; Endemann III/958; Staub, § 355 H.G.B., Anm. 15 und 15a.

[18]) Oederlin 91.

[19]) Gl. M. Staub, § 355 H.G.B., Anm. 15a und b; R.O.H.G. 9/245.

[20]) A. M. Staub a.a.O. 15a.

also mit rechtzeitigem Eingang rechnet[21]). Durch diese Klausel behält sich der Käufer das Recht vor, bei Nichteingang die Gutschrift zu stornieren und den Vertrag aufzuheben, wobei er nur den seinerzeit bezahlten Kaufpreis zurückerhält; er ist also nicht dazu verpflichtet, sondern nur berechtigt[22]). Liegt aber das Recht zur Auflösung des Vertrages beim Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes im Belieben einer Partei, so kann man nicht mehr von einer Resolutivbedingung sprechen, sondern von einem Rücktrittsrecht[23]). Die Banken haben sich daher im Eingangsvorbehalt ein Rücktrittsrecht geschaffen[24]), dessen Anwendbarkeit davon abhängig ist, daß der Wechsel nicht eingeht, oder dem Eingang erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen. Die Bank wird dann vom Rücktrittsrecht Gebrauch machen, wenn sie erst nachträglich gewahr wird, daß das Papier, das sie diskontiert hat, gar kein Wechsel und auch kein wechselähnliches Papier ist, sodaß sie keinen wechselrechtlichen Regreß gegen den Indossanten, Verkäufer hat. Ein anderer, aber sehr seltener Fall für die Anwendung des Vorbehalts wird vorliegen, wenn dem Verkäufer der Wechsel blanko indossiert worden ist, und dieser ihn einfach, wie ein Inhaberpapier, also ohne sein Indossament der Bank übergibt und letztere infolge Versehens dessen nicht gewahr wird. Wenn in diesem Fall die aus ihrer Unterschrift auf dem Wechsel Regreßpflichtigen insolvent geworden sind, so wird die Bank von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen und gegen den solventen Verkäufer, der nicht indossierte, vorgehen. Sie kann den Kaufpreis zurückverlangen.

Der Eingangsvorbehalt hat demnach bei Wertpapieren, bei denen das Indossament Garantiefunktion ausübt, Wechsel, Check, wechselähnlichen Papieren in der Regel nicht großen praktischen Wert.

3. Eine andere Frage von Bedeutung für Wechsel, die auf ausländische Währung lauten, ist die Haftung für Kursschwankungen, die eintreten können, zwischen dem Tage des Diskontierens, dem Verfall- oder auch dem Zahlungstag. Wird angenommen, das Diskontieren von Wechseln sei ein Dar-

---

21) B.E. 47 II Nr. 84.
22) Gl. M. B.E. 47 II/548 ff.
23) von Tuhr a. a. O. 284. Anm. 95.
24) Gl. M. Reichel, S.J.Z. 19/128, Ziff. 5.

lehen, so hat der Indossant, Darlehensnehmer die Gefahr zu tragen. Art. 312 O.R. Da wir angenommen haben, es liege in der Regel ein Kauf vor, so gehen prinzipiell Nutzen und Gefahr mit Abschluß des Vertrages auf den Erwerber über. In der allgemeinen Klausel «Eingang vorbehalten» kann eine die gesetzliche Ordnung abändernde Abmachung nicht erblickt werden. Welche Bedeutung dem Vorbehalt zukommt, haben wir oben festgestellt. Die Banken machen beim Diskontieren von Devisen besondere Vorbehalte, wie «definitive Kursabrechnung bei Eingang des Wechsels» u. a. m. Wird die Gefahr auf diese Weise nicht auf den Verkäufer abgewälzt, so vergütet die Bank für die fremde Währung nicht den Tageskurs, sondern den sog. Terminkurs, der um einen gewissen Prozentsatz unter dem Tageskurs steht. In der Regel wird die Bank eine Kurssicherung vornehmen, indem sie entweder die zur Verfallzeit eingehende Summe auf Termin verkauft, oder aus eigenen Beständen einen gleichen Betrag vorverkauft, um auf diese Weise die Kursmarge für sich zu behalten. Hat die Bank durch besondere Abmachung die Gefahr auf den Verkäufer abgewälzt, so stellt sie ihm im Moment des Diskontierens eine provisorische Rechnung auf, die dann je nach dem Kurs zur Zeit des Eingangs zu Gunsten oder zu Lasten des Verkäufers abgeändert werden muß. Trotz dieser Abmachung liegt ein Kaufvertrag vor, denn der Verkaufspreis ist objektiv bestimmbar, indem auf den Markt- oder Börsenpreis eines festgesetzten Tages, dem Verfalltag, abgestellt wird[25]).

Hat die Bank das Kursrisiko übernommen und sich nicht dafür versichert, so könnte sie unter Umständen je nach Kurslage bei nicht pünktlichem Eingang des Wechsels mit Vorteil von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch machen. Voraussetzung dieses Falles ist aber, daß der Wechsel bei Verfall nicht eingeht, oder daß der Inkasso auf erhebliche Schwierigkeiten[26]) stößt, die die Berufung auf das Rücktrittsrecht erlauben.

Geht der Wechsel am Verfalltag nicht ein, so kann die Bank bei Kurssturz bis zum Eingang vom Regreßpflichtigen

---

[25]) Fick, Art. 184 O.R. Nr. 41; Becker, 184 O.R. Nr. 12.
[26]) Reichel, S.J.Z. 19/125 ff., Ziff. 5.

Haftung für den Verlust verlangen. Art. 768, al. 2, O.R. Da nach Art. 768, al. 2, wenn der Regreßpflichtige nicht am Zahlungsort wohnt, das wird bei Devisen die Regel sein, die in Ziffer 1—3 dieses Artikels genannten Beträge zu dem Kurs berechnet werden, den ein vom Zahlungsort auf den Wohnort des Regreßpflichtigen gezogener Wechsel auf Sicht hat, so muß der Regreßpflichtige das Risiko des fallenden Kurses tragen. Der Regreßpflichtige muß prinzipiell dem Wechselgläubiger vergüten, was er auszulegen hätte, um sich am Zahlungsort am Verfalltag diese Summe zu verschaffen[27]). Zieht der Wechselgläubiger dann wirklich einen Rückwechsel, so kann er noch Ersatz der event. Mäklergebühren verlangen[28]).

Dem Akzeptanten gegenüber gilt Art. 768 O.R. nicht und kraft Art. 756 O.R. liegt es in seinem Belieben, ob er bei Wechseln in fremder Währung effektiv bezahlen will oder nicht, vorausgesetzt, daß der Wechsel in der Schweiz zahlbar ist. Ist seit dem Verfalltag der Kurs gefallen, so wird er in der fremden Währung leisten; in diesem Fall kann der Wechselgläubiger Ersatz für den Kursverlust nur nach den Regeln des Verzugs verlangen[29]). Kann aber der Schuldner nachweisen, daß der Gläubiger die fremde Valuta nicht in Schweizer Währung umgewandelt hätte, so braucht er den Kursverlust nicht zu ersetzen, da dem Gläubiger ja kein größerer Schaden entstanden ist, als der durch die Verzugszinsen gedeckte[30]). Damit aber der Akzeptant im Verzug ist, muß der Wechsel präsentiert worden sein, denn im Wechselrecht gilt der Grundsatz «dies interpellat pro homine» nicht[31]). Wußte der Verkäufer, daß der Gezogene nicht zahlen werde, so hat er den Käufer, die Bank, getäuscht und diese kann trotz Genehmigung des Vertrages Schadenersatz verlangen, Art. 31, al. 3, O.R. Streitig ist, welchen Schaden man in einem solchen

---

27) Goetzinger, Art. 768 Nr. 8; Staub, D. W. § 50 Nr. 10; Haberstichs Beispiel S. 700.

28) Art. 771 O.R.

29) Vgl. Art. 103 und 106 O.R.; B.E. 46 II Nr. 64; 47 II/190 ff., 206, 301, 439; 48 II/74; Z.b.J.V. 57/518; S.J.Z 12/375.

30) Dieser Meinung sind: von Tuhr, S.J.Z. 19/17 ff.; R.G. in Gruchot n. F. 3/217; Nußbaum, S.J.Z. 19/198. Einen ähnlichen Gedankengang hatte das B.Ger. in 46 II/408 angenommen.

31) Z.b.J.V. 59/537; Hafner, Art. 759 O.R. Nr. 7; Fick, Art. 759 Nr. 2 und 765 O.R. Nr. 3.

Falle verlangen kann, ob das negative oder das positive Vertragsinteresse; Kursverluste werden in diesen Fällen unter das positive Vertragsinteresse fallen, denn hätte der Bezogene und Akzeptant zur rechten Zeit bezahlt, so hätte der Wechselinhaber den Kursverlust auch nicht erlitten[32]).

4. Die meisten Schweizer Banken benutzen beim Kauf von Wechseln ein Formular, nach welchem der Verkäufer der Bank auch die dem Wechsel zu Grunde liegende Forderung zediert unter Gewährleistung für Verität und Bonität. Die Forderung wird auf dem Zessionsbordereau nicht mehr spezifiziert, nur die Wechsel werden einzeln und mit Angabe des Namens der Bezogenen bezeichnet. Dies genügt, denn eine Forderung kann abgetreten werden, «wenn ihre Elemente bestimmt oder bestimmbar sind»[33]). In der Regel wird der debitor cessus nicht benachrichtigt, was eine Gefahr für die Bank bilden kann, Art. 167 und 169 O.R. Die Zession erfolgt wegen einer Eigentümlichkeit des internen schweizerischen Handelsverkehrs. In der Schweiz und in Belgien lieben es die Kaufleute nicht, wenn Kundenwechsel dem Bezogenen zum Akzept präsentiert werden. Sie sehen darin ein Mißtrauensvotum gegenüber dem Bezogenen und eine Belästigung und haben Furcht, dadurch den Kunden zu verlieren. Daher ersuchen sie oft die Banken, die diskontierten gutzuschreibenden Kundenwechsel nicht zum Akzept zu präsentieren.

Da die Wechselziehung im Zweifel die Forderung nicht noviert, Art. 116, al. 2, O.R., so kam es vor, daß Kaufleute, obschon sie auf ihren Kunden Wechsel gezogen haben und die nicht akzeptierten Tratten diskontieren ließen, oder als Sicherheit für ein Darlehen gaben (bevorschußte Wechsel),

---

[32]) Für das negative Vertragsinteresse: von Tuhr, II 2 618, Zeitschr. S.R. n. F. 17/65 ff.; Becker, Art. 31 O.R. Nr. 10. Für das positive Vertragsinteresse: Reichel, S.J.Z. 19/130.

[33]) B.E. 41 II/135. Dieses Zessionsbordereau ist nicht zu verwechseln mit der Diskontierung von Buchforderungen, die zwar in der Schweiz nicht häufig vorkommt. Bei diesem Geschäft ist ein Darlehen die Grundlage, das gesichert ist durch die fiduziarische Zession einer Forderung. Oft tritt noch eine wechselrechtliche Verpflichtung hinzu, Wechselakzept oder -Ausstellung in der Höhe des Darlehensbetrages. Die Abtretung wird nicht notifiziert, deshalb besteht die Gefahr, daß zweimal diskontiert wird. Die österreichischen Banken begründeten daher eine Evidenzzentrale. Vgl. Landmann. Z.S.R. n. F. 33/221 ff., und Kugler.

die Forderung einkassierten. Um ein solches Treu und Glauben widersprechendes und das Diskontieren von Kundenwechseln hemmendes Verhalten einzudämmen, ließen sich die Banken die Forderungen zedieren. Zieht der Kaufmann in einem solchen Falle die Forderung gleichwohl ein, so begeht er eine deliktische Handlung, die z. B. im Kanton Bern unter den Tatbestand des Betruges fallen würde, Art. 231 bern. Str. G. B., da nach konstanter Praxis der ersten Strafkammer der Geschädigte und der Getäuschte nicht identisch zu sein brauchen[34]). Die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung übt einen moralischen Druck aus, sodaß solche dolose Handlungen eher unterlassen werden.

Ein anderer Grund der Zession liegt in unserm Konkursrecht. Fällt der Aussteller eines nicht akzeptierten Wechsels in Konkurs, so verliert er die Verfügung über sein Vermögen und die Gläubiger können nur noch gültig an die Masse zahlen[35]). Die dem Wechsel zu Grunde liegende Forderung fällt ebenfalls in die Masse.

Nach deutschem, schweizerischem, italienischem und englischem Recht hat der Inhaber des Wechsels kein Vorrecht an der Deckung. Nach belgischem Recht, Gesetz von 1872, hat der Wechselinhaber ein Recht an der Deckung. Die französische Praxis gab es ihm auch; sie ist durch das Gesetz vom 8. Februar 1922 sanktioniert worden[36]).

Nach schweizerischer Gesetzgebung hat der Wechselgläubiger dieses Recht nicht und der Bezogene, der nicht akzeptiert hat, kann nur unter der Gefahr der Nichtbefreiung von der Schuld nach der Konkurspublikation den Wechsel akzeptieren und einlösen[37]). Das B.G. argumentiert in seinem Entscheid 25 II Nr. 77 u. a. so, daß der Wechselinhaber ein selbständiges Recht auf Präsentierung und Einziehung habe, sowie auf den Regreß. Es sei wahr, daß der nichtakzeptierte

---

34) Z.b.J.V. 46/697.

35) B. u. K. 197 ff. und 205/6.

36) Vgl. Art. 116, al. 2, code de commerce français: La propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change.

37) Gl. M. Reichel, Art. 205 B. u. K. Nr. 8; Béguelin 806; Wieland 533. A. M. Oser, Art. 470 O.R. Nr. 4; Jaeger, Art. 197 B. u. K. und Art. 205 Nr. 3 und B.E. 25 II Nr. 77, besonders S. 618 E. 3.

Wechsel jederzeit widerrufen werden könne; dies müsse ausdrücklich geschehen, der Konkurs ersetze den Widerruf nicht, daher sei der Wechselinhaber berechtigt, die Wechselsumme beim Bezogenen zu erheben.

Nach Art. 471, al. 2, O.R. sind nur die besonderen Bestimmungen über den Check und die wechselähnlichen Papiere vorbehalten; daher gilt Art. 470, al. 3, O.R. auch für sie, und Check und wechselähnliche Papiere werden durch den Konkurs widerrufen, wenn man nicht annehmen will, daß Art. 470, al. 3, O.R. nur in der Einschränkung von Art. 470, al. 1, gilt, so daß ein Widerruf nicht möglich ist, wenn die Anweisung zur Tilgung einer Schuld oder sonst zum Vorteil des Empfängers erteilt worden ist[38]). Aber auch dem Check und den wechselähnlichen Papieren ist die Garantiepflicht eigen, weshalb das B.G. (25 II, Nr. 77) sich nicht auf die Regreßpflicht berufen kann, um die gegenteilige Meinung (Nicht-Widerruf) zu vertreten[39]).

Das B.G. sagt im erwähnten Entscheid weiter, daß trotz der Widerruflichkeit der Konkursverwalter nicht widerrufen habe, folglich könne der Bezogene mit befreiender Wirkung zahlen. Nach Art. 197 B. u. K. fällt alles Vermögen des Konkursiten in die Masse und mit Konkursausbruch verliert er die Verfügungsmöglichkeit. Auf der andern Seite können seine Schuldner von Gesetzes wegen, Art. 205 B. u. K., nur noch befreiend an die Masse zahlen, außer in einigen wenigen gesetzlichen Ausnahmefällen. Mit der Wechselziehung hat der Konkursit grundsätzlich nicht über die Forderung verfügt, da darin keine Novation liegt. Alle Ansprüche gegenüber dem Konkursiten verwandeln sich in Konkursforderungen. Unser Gesetz stellt das Prinzip der Gleichbehandlung auf. De lege lata kann der Bezogene daher bei Ausbruch des Konkurses über den Aussteller den nichtakzeptierten Wechsel nicht mit

---

[38]) Vgl. Haberstich II, 1.220; Fick, Art. 470 O.R. Nr. 9, 10 und 11; Bachmann, S.J.Z 1/51 ff. Dagegen Oser, 470 Nr. 3. Diese Annahme ist an und für sich gerechtfertigt; das Bundesgericht hat sie aber nicht anerkannt (25 II 619); indem das B.G. sich an Hafner anlehnt und sagt, auch wenn die Anweisung dem Anweisungsempfänger gegenüber nicht unter Art. 412, al. 1, a. O.R. fällt, d. h. sie zu dessen Vorteil ist, so gilt ihm gegenüber ein Widerruf der Anweisung dem Angewiesenen gegenüber.

[39]) Oser argumentiert wie das B.G. Art. 470 O.R. Nr. 4.

befreiender Wirkung gegenüber der Konkursmasse bezahlen. Dem Inhaber gegenüber kann er es, aber auf seine Gefahr hin[40]).

Das internationale Abkommen über die Vereinheitlichung des Wechselrechtes vom 23. Juli 1912 überläßt es den einzelnen Staaten, zu bestimmen, ob der Inhaber besondere Rechte auf die Deckung hat[41]). Der Entwurf des Bundesrates für das B.G. über das Wechselrecht gibt dem Wechselinhaber bei Konkurs des Ausstellers ein Vorrecht auf die Deckung. Der Aussteller kann auf dem Wechsel selbst die Ansprüche aus dem Deckungsverhältnis abtreten, sodaß sie dem jeweiligen Wechselinhaber zustehen[42]).

Die Stellungnahme der Gesetze der einzelnen Länder zu dieser Frage ist von einiger Bedeutung beim Kauf von Wechseln auf ausländische Plätze. Zum Beispiel ein italienischer Kaufmann zieht einen Wechsel auf einen in Frankreich wohnenden Kunden und remittiert ihn seinem Lieferanten in der Schweiz. Er fällt in Konkurs bevor der Wechsel akzeptiert oder bezahlt worden ist. Da nach italienischem Recht der Wechselinhaber kein Vorrecht irgendwelcher Art auf die Deckung hat, so wird die italienische Konkursmasse die dem Wechsel zu Grunde liegende Forderung zur Masse ziehen und einkassieren. Der schweizerische Wechselgläubiger kann aber nicht behaupten, nach französischer Gesetzgebung habe er ein Recht auf die Provision. Prinzipiell unterliegt die Zession dem Recht, das auch für die abzutretende Forderung gilt[43]). Nach diesem Recht beurteilt es sich, ob die Forderung abtretbar sei. Die Form der Zession beurteilt sich nach dem Recht des Ortes, wo die Zession vorgenommen wird; locus regit actum. Dieses Recht bestimmt daher auch, ob einem Rechtsakt Zessionswirkungen zukommen, ob es eine gültige Zession sei. Für die Beurteilung der Frage, ob das Recht auf die Deckung, wie in Frankreich, durch Zession übergeht und zwar einfach mit der Ausstellung und Weiterbegebung des Wechsels, ist u. E. somit das Recht des Trassierungsortes maßgebend. Es bestimmt, ob in der Wechsel-

---

[40]) Gl. M. Wieland 503 ff. und Béguelin 773 ff.

[41]) Art. 14 dieses Abkommens.

[42]) Art. 83 des Entwurfes.

[43]) Meili II 40; Walker 415; B.E. 39 II 77; Becker, Vorbemerkungen zu Art. 164/174 Nr. 8.

trassierung auch eine Zession liegt und ob mit dem Wechsel das Recht an der Provision übergeht[44]). Die Zession als solche ist ein Vertrag zwischen Zedent und Zessionar, berührt aber den debitor cessus auch. Dessen Stellung darf rechtlich durch die Zession nicht verschlechtert werden.

Ist das Recht auf die Deckung als Konkursprivileg ausgestaltet, so ist das Recht des Konkursortes maßgebend.

Die Rechtsstellung der Schweizer Banken, die Wechsel auf fremde Plätze diskontiert haben, hängt daher, sofern das Recht auf die Deckung nicht Konkursprivileg ist, vom Recht des Trassierungsortes ab. Hat sich aber die Bank vermittelst des Zessionsbordereaus die Forderung abtreten lassen, so ist ihre Stellung viel besser und wir wollen sie hier auf Grund des schweizerischen Rechts betrachten, da dieses Recht in der Regel zur Anwendung kommen wird; wir nehmen auch an, daß die dem Wechsel zu Grunde liegende Forderung unter Schweizer Recht steht. Der Schweizer Exporteur zieht einen Wechsel auf seinen Kunden und seine Schweizer Bank diskontiert ihn unter Abtretung der Forderung. Fällt der Exporteur in Konkurs, so kann die Konkursverwaltung nicht Einbeziehung der Forderung in die Masse verlangen, auch wenn die Zession dem Schuldner nicht notifiziert worden ist, da die Zession auch ihr gegenüber gilt. Zieht sie sie gleichwohl ein, so kann der Wechselgläubiger Herausgabe verlangen und zwar als Masseforderung. Die Bank kann daher vom Bezogenen Akzept und Zahlung verlangen. Akzeptiert er nicht, so kann sie gegen ihn aus der zedierten Forderung und zugleich auf dem Wechselregreßweg gegen den Aussteller vorgehen, d. h. im Konkurs des Ausstellers den Wechsel eingeben. Die Bank geht aus zwei ganz verschiedenen Rechtstiteln vor, auf der einen Seite aus Wechselrecht, gegen den Bezogenen aus einer gewöhnlichen, kausalen Forderung. Bezogener und Aussteller haften auch nicht solidarisch, denn es sind zwei verschiedene Forderungen. Die beiden Forderungen stehen aber in einem solchen Verhältnis zueinander, das nicht zuläßt, daß der Inhaber des Wechsels die Summe zweimal empfangen darf. Be-

---

[44]) Gl. M. Meili II 320. A. M. von Bar bei Meili a. a. O. Nach von Bar muß sowohl das Recht des Trassanten wie das des Trassaten dies vorsehen.

zahlt der Bezogene etwas, so muß dieser Betrag an der Forderung gegenüber dem Aussteller abgezogen werden[45]); aber nicht umgekehrt, denn der Bezogene haftet aus einer Forderung primär, die als Grundlage für den Wechsel diente; wird der Wechselinhaber vom Aussteller bezahlt, so kann letzterer Rückübertragung der Forderung verlangen. Die Art. 216/17 B. u. K. sind also nicht anwendbar. Der Aussteller bzw. seine Konkursverwaltung kann vom Wechselgläubiger nicht verlangen, daß er zuerst die zivilrechtliche Forderung, die ihm zediert worden ist, geltend mache, denn der Konkursit haftet aus selbständigem, eigenem Grund, und der Wechselgläubiger kann frei den einzuschlagenden Weg wählen. Immerhin kann der Aussteller verlangen, daß er, soweit er den Wechselinhaber befriedigt und dieser dann durch die Geltendmachung der Forderung gegen den debitor cessus mehr erhält, als die Wechselsumme samt Provision und Verzugszinsen, in dessen Rechte eintritt. Sonst wäre der Wechselgläubiger auf Kosten des Ausstellers ungerechtfertigt bereichert, denn er hat nur Anspruch auf den Wechselbetrag. Würde aber dem Bezogenen der Mehrerlös zugesprochen, so wäre dieser auf Kosten des Ausstellers ungerechtfertigt bereichert oder man nähme dann an, daß die Forderung um diesen Betrag nicht untergegangen sei und der Aussteller könne vom Wechselgläubiger die Rückübertragung der abgetretenen Forderung verlangen.

Sind Aussteller und Bezogener im Konkurs, so kann die Bank bei beiden eingeben, im Konkurs des Ausstellers die Regreßforderung und in dem des Bezogenen die zedierte Forderung. Die im Konkurs des Bezogenen erhaltenen Beträge müssen an der Regreßforderung abgerechnet werden. Ueberschüsse, die erst nach Schluß des Konkurses des Ausstellers eintreten, müssen als nachträglich entdecktes Vermögen unter die Gläubiger des Ausstellers verteilt werden[46]).

Gleich liegt der Fall beim Nachlaßvertrag.

Die Zession soll die Stellung des Wechselkäufers verstärken, sie ist nach Parteiabsicht und ihrem Zweck eine fiduziarische, die solange gelten soll, als die Bank nicht bezahlt oder

---

[45]) Gl. M. Oederlin 171, 173 und 174; das ist besonders von Bedeutung, wenn beide Schuldner in Konkurs sind. Es besteht eine Anspruchskonkurrenz, vgl. Becker Vorbem. Art. 114/42 Nr. 10, v. Tuhr I/282.

[46]) Art. 269 B. u. K.

noch regreßpflichtig ist. Ist das nicht mehr der Fall und besteht die Forderung noch, d. h. ist sie nicht durch Akzept und Bezahlung seitens des Bezogenen untergegangen, so hat der Aussteller das Recht, Rückübertragung der Forderung zu verlangen.

Eine Gefahr besteht aber auch für die Banken in der Uebertragung der der Wechselziehung zugrunde liegenden Forderung. Der Bezogene und Akzeptant kann ihr Einreden aus seinem Verhältnis zum Aussteller entgegenhalten[47]). Der debitor cessus hat alle Einreden gegen den Erwerber, die er gegen den Veräußerer der Forderung bis zur Kenntnis von der Zession hatte. Art. 169 O.R. Er hat sie unmittelbar gegenüber dem Zessionar, Wechselinhaber und kann sie daher auch nach Art. 811 O.R. entgegenhalten, wenn der Zessionar aus Wechselrecht klagt[48]). Natürlich haftet der Zedent, Wechselaussteller der Bank dafür, da diese sich Haftung für Realität und Solidität der Forderung ausbedungen hat; er haftet ihr, daß die Forderung durch keine Einreden entkräftet wird[49]). Der Aussteller haftet ihr daher auch dafür, daß der Akzeptant keine Einreden

---

[47]) Art. 169 O.R. Dies gilt auch für die fiduziarische Zession, denn die fiducia berührt den debitor cessus nicht, da sie nur einen obligatorischen Anspruch begründet und das volle Recht übergeht (voller Rechtserwerb). Gl. M. Wolf 105. Prinzipiell a. M. ist Gerstle, was die Bedeutung der fiducia anbetrifft; nach ihm geht beim reinen Treuhandgeschäft nicht das volle Recht über, die Treuhand besteht aus zwei neuen Privatrechten, einem Verwaltungsrecht und einer Verwaltungsmacht. Das Verwaltungsrecht ermöglicht Handlungen gegen den Willen des Fiduzianten. Der debitor cessus hätte nur die Einreden, die er gegenüber dem fiduziarischen Zedenten hat (kein voller Rechtserwerb). Gerstles Untersuchungen gelten nur für die reine Treuhand und nicht vorbehaltslos für die gemischte, wo die fiducia im wirtschaftlichen Interesse des Fiduziars ist. Vgl. Gerstle 8, 144 und 154. In unserm Fall liegt eine gemischte Treuhand vor; die fiduziarische Zession ist im Interesse des Zessionars, der Bank.

[48]) Gl. M. R.G. im Entscheid vom 19. IX. 1913. A. M. Adler, D.J.Z. 19/620, indem er annimmt, daß die Einreden dem Zessionar nur mittelbar entgegenstehen, weil sie gegen seinen Vormann begründet waren. Dies ist u. E. unrichtig; durch die Zession ist der Zessionar in die Stellung des Zedenten eingetreten und der Schuldner hat die Einreden nun persönlich gegen den Zessionar, sie stehen ihm direkt gegen ihn zu, sind also unmittelbar. Die Begründung der Einreden ist derivativ, abgeleitet, indem er sie zuerst nur gegen den Zedenten hatte, aber durch Rechtsgeschäft nun auch gegen den Zessionar.

[49]) Oser, Art. 171 O.R. Nr. II 1a α u. β; Becker, Art. 171 O.R. Nr.5; Attenhofer, Z.S.R. n. F. 9/287.

aus seinem Verhältnis zum Zedenten dem Wechsel entgegenhalten kann, denn kann er dies, so würde er es auch gegenüber der zedierten Forderung können; mit andern Worten, diese bestände nicht oder nicht in vollem Umfang, sonst würde er den Wechsel zahlen. Wenn die Einrede nach der Zession, aber vor Kenntnisnahme derselben durch den Schuldner entstand, Art. 169 O.R., was leicht möglich ist, da die Bank die Zession nicht notifiziert, so haftet u. E. der Zedent nicht mehr. Die Banken tun daher besser, bei akzeptierten Wechseln das Zessionsbordereau nicht zu verwenden, da ihnen der Akzeptant alle Einreden, die er gegenüber dem Aussteller hat, entgegenhalten kann, auch wenn sie erst nach dem Akzept, aber vor Kenntnisnahme der Zession entstanden sind[50]). Zudem entfällt bei akzeptierten Wechseln der Zession jeder praktische Vorteil, da der Konkurs des Ausstellers auf die Rechte gegen den Akzeptanten keinen Einfluß mehr hat.

Man darf die Gefahr der Einreden nicht überschätzen; würden solche bestehen, so wäre der Wechsel nicht akzeptiert worden, und bestehen solche, so weiß der Akzeptant in den wenigsten Fällen, daß die Forderung zediert worden ist. Im übrigen hat das Zessionsbordereau in praxi nicht den Wert, den man ihm rein theoretisch zumessen wird, da die Banken in erster Linie beim Diskontieren auf die Solvabilität des Ausstellers sehen.

Mit der Annahme des Entwurfs Art. 83 und 116, al. 2, wird das Zessionsbordereau überflüssig werden, indem das Recht auf die Deckung hier von Gesetzes wegen gegeben ist, ohne daß damit die erwähnten Gefahren einer Zession verbunden sind.

Vom Wechseldiskont ist das Indossament zu Inkassozwecken zu unterscheiden. Die Banken lassen sich aber auch hier ein Vollindossament ausstellen. Der Indossant trägt das

---

50) Zum Beispiel: A hat dem B Waren verkauft. B akzeptiert bei Empfang der Ware einen Wechsel; erhebt aber später mit Erfolg die Mängelrüge. Diese kann er auch der Bank entgegenhalten. Oder A hat dem B Waren verkauft und B hat einen Wechsel akzeptiert. Das Akzept wurde von einer Bank diskontiert. Infolge anderer Geschäfte wird A Schuldner des B. A ist nicht solvent; wie die Bank den Wechsel geltend machen will, erhebt B die Kompensationseinrede mit Erfolg, da er Gläubiger des A vor Kenntnis der Zession geworden ist. Art. 169 O.R.

ganze Risiko, auch für Kursverluste. Der Wechsel wird ihm nach Eingang unter Abzug der Spesen und Provision der Bank gutgeschrieben. Oft verbindet sich damit ein Darlehensgeschäft, indem die Bank ihm auf den Wechsel einen Vorschuß gibt.

III. Erwerb von Checks.

1. Wie der Wechsel zum größern Teil als Kreditmittel gebraucht wird, so hat der Check hauptsächlich die Funktion eines Zahlungsmittels. Während Wechsel von den Banken diskontiert werden, stellen sie andererseits Checks ihren Klienten aus. Die Banken brauchen die Checks, um untereinander Zahlungen zu effektuieren; meistens aber erfolgen solche Zahlungen mittelst spezieller Bankanweisungen, Giroformularen der Nationalbank und der Kantonalbanken, sowie Ueberweisungsaufträgen.

Jeder Staat ist bestrebt, den bargeldlosen Verkehr zu unterstützen durch Förderung des Check- und Giroverkehrs. Hiezu ist u. a. die Stempelbefreiung in der Schweiz zu nennen für Checks, die nicht zwanzig Tage laufen. In den anglosächsischen Ländern ist der Checkverkehr zu großer Blüte gelangt[1]). Ein gut durchgeführter Checkverkehr hat Einfluß auf die Notenemission und den Umlauf von Bargeld und vermehrt die Bedeutung des Clearingsystems. Fast in allen Ländern wurde der Postcheckverkehr eingeführt; Oesterreich mit seinem dünnen Banknetz ging schon 1883 voran, im Anschluß an die Postsparkasse, dann folgten andere Staaten, Ungarn 1889, Schweiz 1906, Deutschland 1909 und Frankreich nach dem Gesetz vom 7. Januar 1918. Die Schweiz steht seit 1910 mit verschiedenen Staaten, so Deutschland, Oesterreich-Ungarn und England im internationalen Postgiroverkehr.

Dem Check als Zahlungsmittel entsprechen die kurzen Präsentationsfristen in allen Gesetzgebungen[2]), und die Pflicht der Zahlung auf Sicht.

---

[1]) Man denke an die traveller Checks der U. S. A., die auf fünf, zehn, zwanzig Dollars lauten und die überall angenommen werden, an die postal orders Englands. Auf dem europäischen Kontinent konnte sich der Zwergcheck nicht einbürgern.

[2]) Frankreich, Art. 5: 5 Tage bei Platzchecks, Art. 834 O.R. gleich, Deutschland für Checks im Inland 10 Tage, vgl. § 11.

Uns interessieren hier nur Ausstellung und Erwerb von Checks auf das Ausland, als Devisen.

2. Erwerb eines Checks bei einer Bank.

a) Check wie Wechsel entstanden aus der Anweisung; der Bezogene wird bei beiden ermächtigt und beauftragt, dem Remittenten, Inhaber, eine bestimmte Summe zu bezahlen. Check und Wechsel unterscheiden sich aber von der Anweisung u. a. durch ihre Formerfordernisse, durch das inhärente Garantieversprechen des Ausstellers und der Indossanten, durch den Wertpapiercharakter und in der Loslösung des Rechtsverhältnisses des Anweisenden zum Angewiesenen, von dem des Angewiesenen zum Anweisungsempfänger[3]).

Aus dem Charakter des Checks als Anweisung hat das B.G. geschlossen, daß der Erwerb eines Checks kein Kauf sei[4]), da ein für die Annahme eines Kaufes rechtlich geeigneter Gegenstand fehle. Art. 184 O.R. bestimmt nicht, was Kaufgegenstand sein könne; nach Art. 187 O.R. ist Fahrniskauf jeder Kauf, bei dem es sich nicht um eine Liegenschaft oder ein in das Grundbuch als Grundstück aufgenommenes Recht handelt. Das Gesetz überläßt es der Praxis, zu bestimmen, was gekauft werden kann. Kaufgegenstand kann daher jede «Sache» im weitesten Sinn des Wortes von vermögensrechtlicher Bedeutung sein; also alles, was irgend einen Wert repräsentiert und was nicht Gegenstand eines andern Vertrages ist[5]). Die Bestimmung, «Eigentum zu verschaffen», wie sich Art. 187 O.R. ausdrückt, ist daher nicht genau, denn Rechte können im Grunde genommen nicht zu Eigentum, das ja selber auch ein Recht ist, übertragen werden. Der Sprachgebrauch, daß man Eigentümer eines Rechts sei, ist heute allgemein üblich. Die Bestimmung des a. O.R., Art. 229, war in dieser Beziehung genauer: «Zu vollem Rechte und Genuß zu übertragen».

Gegenstand des Kaufes können daher sein, körperliche und unkörperliche Sachen, Forderungen und andere Rechte, bloße

---

[3]) Vgl. auch Oser, Art. 466 O.R., Note II 3.

[4]) Pra. 10 Nr. 163 = B.E. 47 II/320: «Denn der Check stellt sich rechtlich als eine Art Anweisung dar, nicht als ein eine Forderung verkörperndes Wertpapier.»

[5]) Arbeitsleistungen werden im allgemeinen unter den Dienstvertrag fallen.

Vorteile und Wertchancen[6]). Die Stromlieferungsverträge sind ebenfalls Kaufverträge[7]).

Daß der Check ein Wertpapier ist, bestreitet auch das Bundesgericht nicht, das geht schon aus der Ueberschrift der dritten Abteilung des O.R. hervor: Handelsgesellschaften, Wertpapiere und Geschäftsfirmen und aus dem engen Anschluß des Checks an den Wechsel. Der Entwurf O.R. behandelt in der 4. Abteilung die Wertpapiere und in dessen 5. Abschnitt den Check. Der Wertpapiercharakter des Checks geht auch aus der Definition des Wertpapiers in Art. 842 Entwurf O.R. hervor. Ist der Check ein Wertpapier, d. h. eine ein Recht verkörpernde Urkunde, das nur mit der Urkunde geltend gemacht werden kann, so ist er auch ein zum Kauf tauglicher Gegenstand.

Rechtlich streng genommen, verkörpert der Check keine Forderung, er ist kein Forderungspapier, aber der Verkehr behandelt ihn gleichwohl wie ein solches[8]). Das sollen auch die Gerichte nicht außer acht lassen, sonst dürfte man den gezogenen, aber nicht akzeptierten Wechsel ebenfalls nicht als Forderungspapier behandeln, da der Bezogene, solange er nicht akzeptiert, zu einer Leistung nicht verpflichtet ist. Aber der Verkehr hat nicht nur aus rein praktischen Gründen den Check als Forderungspapier behandelt, sondern u. E. auch aus rechtlichen Erwägungen. Man kann ruhig sagen, daß der Check, wie der gezogene, nicht akzeptierte Wechsel, immer ein Forderungsrecht enthält und zwar im Regreßrecht gegen den Aussteller und Indossanten, denn dieses resultiert nicht aus einem dem Check zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, sondern es beruht einzig und allein auf den Unterschriften auf dem Check. Damit verpflichtet sich der Aussteller, Indossant, wenn der Bezogene nicht bezahlt, selbst den Betrag zu bezahlen. Aus dem Papier geht also ein gesetzlich bedingtes Forderungsrecht hervor, gegen Aussteller und Indossanten. Zudem ist noch folgendes zu be-

---

[6]) Z.b.J.V. 35/622: Der sog. «Verkauf der Kundschaft» eines gewerblichen Etablissementes ist der Sache nach rechtlich möglich usw. Der Verkäufer ist also dem Käufer seine Kunden zu verzeigen verpflichtet.

[7]) Oser, Art. 184 O.R. Nr. II, 1; Fick, Art. 187 O.R. Nr. 5. B.G. im Journal des Tribunaux 71 Nr. 4 i. S. Elektrizitätswerk des Kantons Zürich c. Gebr. Renold.

[8]) Gl. M. Reichel, S.J.Z. 19/128.

achten: Der Check ging aus der Anweisung hervor, die Rechte, die aus ihm resultieren, werden verselbständigt und verkehrsfähiger gemacht. Trotzdem sind aber die Regeln über die Anweisung anwendbar. Soweit der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist, bzw. soweit der Checkaussteller beim Bezogenen ein Guthaben hat[9]), so ist dieser verpflichtet, den Check zu honorieren. Der Anweisungsempfänger, bzw. Checkinhaber soll die Anweisung, bzw. den Check geltend machen[10]).

Aus diesen Gründen sind beim Kauf von Checks die Kaufs- und Zessionsregeln anwendbar[11]).

Das B.G. hat in 47 II/320 nicht angeführt, was für ein Vertrag vorliegt, wenn man keinen Kaufvertrag annimmt, es begnügte sich mit der Feststellung, es liege kein Kauf vor. Das Zürcher Handelsgericht hat i. S. Chester gegen Schweizerische Kreditanstalt Bl.Z.R. 17, Nr. 31, angenommen, es seien eher die Auftragsregeln anzuwenden, ging dann aber auf diese Konstruktion nicht näher ein. Danach würde die Bank von ihrem Klienten beauftragt, ihm z. B. in Hamburg bei der Bank X einen bestimmten Betrag zur Verfügung stellen zu lassen. Die Bank kann dies auf zwei Arten tun, entweder läßt sie in Hamburg ein Guthaben auf den Namen des Klienten errichten oder sie konstituiert ein solches auf ihren eigenen Namen und weist daraufhin die Hamburger Bank an, dem Klienten die gewünschte Summe zur Verfügung zu halten. Anstatt daß die Bank sich ein solches Guthaben kauft, wobei der Auftraggeber, nachdem er seine Pflichten erfüllte, nach Art. 401 O.R., in ihre Rechte eintritt, d. h. eine Forderung gegenüber der Hamburger Bank erwarb, braucht die Schweizer Bank das Guthaben

---

[9]) Der Check soll nur ausgestellt werden, wenn der Aussteller über diesen Betrag sofort verfügen kann, Art. 831 O.R.

[10]) Vgl. Art. 467, al. 2, und 468, al. 2, O.R.

[11]) Gl. M. Reichel a. a. O. O.L.G. Hamburg vom 23. XI. 21 im Bankarchiv 21/315: «Vielmehr ist unbedenklich festzustellen, daß der Beklagte den Check hat in Diskont geben und in diesem Sinne verkaufen wollen». R.G. vom 12. II. 1919, Bankarchiv 18/122 ff. Das R.G. spricht hier immer von Kauf von Checks. Das R.G. faßt den Check als ein eine Forderung verkörperndes Wertpapier auf. Entscheid des R.G. vom 4. XI. 22 im «Das Recht» 27 Nr. 331: «Der Verkäufer eines Inhaberchecks haftet an sich gemäß § 437 B.G.B. nur für den rechtlichen Bestand der Forderung, nicht aber für die Einlösung». A. M. B.G. 47 II/320, Zürcher Handelsger., Bl. Z.R. 17 Nr. 31.

selber nicht zu kaufen, sondern sie erklärt den Selbsteintritt[12]), indem sie ihm aus ihrem eigenen, schon bestehenden Guthaben den Betrag zur Verfügung stellen läßt, und zwar durch Abgabe eines Checks auf ihren Korrespondenten, der das Konto der Schweizer Bank belastet. Auch hier würde grundsätzlich nach Art. 401 O.R. derjenige Betrag fremder Valuta, dessen Gegenwert der Klient dem Beauftragten entrichtete, in des erstern Eigentum übergehen, er hätte wiederum eine Forderung, die «Deckungsvaluta», gekauft. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Auslagen zu ersetzen, d. h. den Preis für das Guthaben. Er trägt das Risiko der Wertverminderung infolge allfälligen Kurssturzes. Er hat nur den Regreß aus Checkrecht aus der Unterschrift auf dem Check. Die Bank hätte ihm persönlich gegenüber die Einrede, daß indirekte Stellvertretung vorliege und er Eigentümer des Guthabens sei, folglich auch die Gefahr der Insolvenz des Schuldners, Bezogenen zu tragen habe. Der Auftraggeber könnte dann noch etwa aus dem Auftragsverhältnis auf Schadenersatz klagen, weil der Beauftragte nicht die nötige Sorgfalt habe walten lassen. Daneben kann er nur aus ungerechtfertigter Bereicherung klagen, wenn er den Check nicht einlösen konnte und dann das Guthaben infolge Widerrufs auf den Beauftragten zurück übergeht. Die Bereicherung bestände im Wert des Guthabens im Moment, wo es auf den Beauftragten übertragen wird.

Es kommt demnach bei Annahme eines Auftrags auf den Kauf einer Forderung, «Deckungsvaluta», hinaus, was das B.G. im angeführten Entscheid abgelehnt hat.

Diese rechtliche Konstruktion entspricht weder dem Verkehr noch der Parteiabsicht: Die Bank verkauft dem Klienten ein Wertpapier, eine fremde Devise, sie verkauft ihm direkt eine Forderung und stellt zur Deckung einen bestimmten Betrag zur Verfügung, d. h. sie wird dafür belastet. Praxis und Wissenschaft behandeln Wechsel, Checks, überhaupt die Ordrepapiere als Forderungspapiere[13]).

---

[12]) Ueber die Möglichkeit des Selbstkontrahierens beim Auftrag vgl. weiter unten in § 4.

[13]) Say et Chailley: Le change: Les changes sont des titres de créances sur l'étranger, lettres de change, billets et checks. Oser, Art. 174 O.R. Nr. 2a. «Bei Ordre-Inhaberpapieren ist dabei das Papier die Hauptsache und die Forderung teilt sein Schicksal.» Art. 197 a. O.R. bei der

Man darf und muß daher Kauf eines Checks annehmen und daraus auch die Konsequenzen ziehen.

b) Verhältnis zwischen der ausstellenden und der bezogenen Bank.

Sobald die Schweizer Bank einem Klienten einen Check auf ihren ausländischen Korrespondenten, bei dem sie ein Guthaben hat, verkauft, so wird dieser sofort davon benachrichtigt unter Angabe des Remittenten, der Checknummer, des Betrages und Ausstellungsdatums. Mit dem Empfang des Avis wird die Schweizer Bank für den Betrag belastet, Soll des Kontos der Schweizer Bank, und der Betrag in das Anweisungskonto überschrieben, Haben dieses Kontos. Vom Zeitpunkt der Avisierung an muß die bezogene Bank mit der Präsentation und Auszahlung der Checks rechnen; die Schweizer Bank verliert natürlich auch den Zinsgenuß auf diesem Betrag. Sofern die Checkziehung nicht widerrufen wird, bleibt die Belastung bestehen. Rechtlich wird die Forderung (Recht zur Belastung) erst mit der Auszahlung definitiv, aber die buchmäßige Belastung, die beim Empfang des Avis vorgenommen wurde, erfährt durch die Auszahlung keine Aenderung, sie wird nur unwiderruflich. Die Belastung ist resolutiv bedingt durch die Widerrufsmöglichkeit. Dies tritt im Kontokorrentauszug zutage, der nach erfolgtem Avis, aber vor der Präsentation und Auszahlung des Checks abgeschlossen wurde. Hier ist die Belastung im Saldo inbegriffen. Die Avisierung, bzw. die darauf erfolgende Belastung hat demnach eine ähnliche Wirkung, wie die Akzeptierung, nur daß bei ersterer der Checkinhaber kein direktes Klagerecht gegen die Bezogenen hat. Eine Aehnlichkeit ist aber vorhanden, denn der Check folgt im allgemeinen den Regeln des gezogenen Wechsels, nur daß bei ihm das Akzept fehlt, Art. 834 und 836 O.R.

Wird die Checkziehung widerrufen, so wird der Betrag der Schweizer Bank wieder gutgeschrieben, Wert zur Zeit

---

Zession: «Für die Uebertragung von Wechseln und Ordrepapieren etc.» Jaeger, Art. 197 B. u. K. Nr. 4c, nimmt an, daß beim Check regelmäßig das Recht auf die Deckung übertragen werde, also eine Forderung. In der Praxis wird es in der Tat so gehalten, indem die Bank über die Deckung nicht mehr verfügen kann. Blumenstein Kom. Art. 1 II, 2a; Art. 2 Nr. I 2, S. 8. Reichel, S.J.Z. 19/128. Recht 27 Nr. 331.

des Widerrufs (der Zinsverlust bleibt also bestehen), Anweisungskonto Soll, Konto der Schweizer Bank Haben; mit andern Worten die Resolutivbedingung ist eingetreten.

c) Verhältnis zwischen Aussteller und Remittent, Checkinhaber.

1. Da der Check Zahlungsmittel ist, so wird der Inhaber ihn bald einkassieren lassen. Fehlt die Avisierung, so wird der Betrag in der Regel nicht ausbezahlt werden und der Inhaber hat den Regreß gemäß Art. 836, 768 O.R. Er darf sich aber nicht auf Art. 837 O.R. berufen, da der Aussteller ja Deckung hat und der Check wegen Nichtbenachrichtigung nicht honoriert worden ist. Der Checkinhaber kann aus Checkrecht nicht mehr fordern, als seine Regreßansprüche gemäß Art. 768 O.R. betragen. U. U. kann er aus einem Auftragsverhältnis oder Kaufvertrag noch Schadenersatz verlangen, indem er behauptet, die Bank sei die Verpflichtung eingegangen, den Bezogenen zu benachrichtigen, sei es nun, daß man diese Verpflichtung als ein Auftragsverhältnis oder als Bestandteil des Kaufvertrages ansieht. Hat sie die Avisierung unterlassen, so hat sie entweder den Auftrag nicht ausgeführt, oder ist ihren Pflichten aus dem Kaufvertrag nicht völlig nachgekommen.

Art. 835 O.R. wird dem Aussteller gegenüber selten zur Anwendung kommen, obschon fremde Devisen, Checks auf ausländische Plätze sehr oft nicht innerhalb der Frist von acht Tagen, Art. 834, al. 2, O.R., zur Zahlung präsentiert werden.

Ueber den Regreß und die Kursverhältnisse vgl. was unter II beim Wechsel gesagt wurde; als Verfalltag muß der Präsentationstag, spätestens der 5. bzw. 8. Tag nach dem Ausstellungstage angesehen werden[14]).

---

[14]) Hat der Checkinhaber aber den Check später präsentiert und ist der Kurs gefallen, so hat er u. E. nicht Anspruch auf einen höhern Kurs als den des tatsächlichen Präsentationstages. Er hat dies selber verschuldet. Ist der Kurs aber gestiegen, so hat der regreßpflichtige Aussteller das Recht, Schadenersatz zu verlangen; durch die zu späte Präsentation ist ihm ein Schaden entstanden, Kursdifferenz, diesen darf er abziehen, sodaß er nur zum Kurs des letzten gesetzlichen Verfalltages ersetzen muß. Der Checkinhaber ist verpflichtet, den Check innerhalb der gesetzlichen Präsentationsfristen zu präsentieren; verletzt er diese Pflicht, so muß er den Schaden, der dem regreßpflichtigen Aussteller entsteht, ersetzen.

Schwierigkeiten boten in der Praxis die Fälle, wo der Checkinhaber aus tatsächlichen Gründen nicht dazu kam, den Check einzukassieren wegen Revolution, Unruhen, Moratorien. In der Regel werden die Regreßansprüche, wenn sie überhaupt entstanden sind, da ja nicht zur Zahlung präsentiert werden konnte, verjährt sein, Art. 836, 804, 834 O.R., weil die dreimonatliche Verjährungsfrist bei Checks, die außerhalb der Schweiz in Europa zahlbar sind, Art. 804, Ziff. 2 u. al. 2, O.R., spätestens mit Ablauf der Präsentationsfrist beginnt. Der Checkinhaber kann daher nur aus ungerechtfertigter Bereicherung klagen[15]). Auch für die Wechselbereicherungsklage gilt die einjährige Verjährungsfrist des Art. 67 O.R.[16]), sie beginnt mit Kenntnis vom Anspruch, also mit dem Moment, wo der Checkinhaber weiß, daß er den Check und die Regreßansprüche nicht geltend machen kann und andere dadurch auf seine Kosten bereichert sind.

2. In was besteht die Bereicherung?

Die Gerichte unterscheiden zwei Fälle: Erstens die Bank hat schon ein Guthaben in dieser Währung beim Bezogenen; oder zweitens sie mußte es sich erst beschaffen, um Deckung für den Check zu haben. Im ersten Fall wird die Bereicherung angenommen, im zweiten nicht. Wir wollen den ersten Fall behandeln; die Bank hatte schon das Guthaben. Der Check konnte wie i. S. Maag kontra Bankverein Revolutionswirren wegen nicht einkassiert werden und jetzt macht der Checkinhaber den Bereicherungsanspruch aus Art. 813 O.R. geltend. Im Moment, wo der Check ausgestellt und verkauft worden ist, wurde die ausländische Bank davon avisiert und letztere belastete das Konto der Schweizer Bank. Während des Umlaufs des Checks konnte die Schweizer Bank über

---

15) Art. 813 oder 62 ff. O.R.

16) Gl. M. B.G., Bl.Z.R. 17 Nr. 31 i. S. Chester c. Kreditanstalt. A. M. Goetzinger, Art. 813 O.R. Nr. 16; wohl zu Unrecht, denn wenn schon für die gewöhnlichen Bereicherungsansprüche nicht die zehnjährige Verjährung besteht, aus dem Bestreben heraus, solche Verhältnisse rasch zur Liquidation zu bringen, so wird dies auch umsomehr für das Wechselrecht gelten, das der Verkehrsfähigkeit wegen einem großen Formalismus unterliegt und klare Verhältnisse haben will. Man beachte nur die übrigen kurzen Verjährungsfristen Art. 804 O.R.

diesen Betrag nicht mehr verfügen. Auch wenn sie ein viel größeres Guthaben als den Betrag des Checks hatte, so war sie doch in der Verfügung über ihr Guthaben um die Höhe der Summe des Checks beschränkt, ihr Guthaben hat sich um diesen Betrag vermindert[17]). Da aber die vom Checkinhaber bezahlte Summe dem Wert des der Verfügung der Bank entzogenen Guthabens gleich kam (mit dem Plus, das den Gewinn der Bank ausmacht), so war die Bank weder bereichert noch geschädigt. An Stelle der Summe Mark, Rubel, über die sie verfügen konnte, hatte sie einen äquivalenten Betrag Schweizer Franken erhalten. Der Käufer hatte aber mit Hilfe des Checks über die dem Kaufpreis gleichwertige Summe fremder Währung die Verfügungsgewalt.

Wir haben oben festgestellt, daß der Erwerb eines Checks in der Regel ein Kauf eines Forderungspapiers sei, Kauf einer fremden Devise. Mithin trägt seit Abschluß des Kaufvertrages der Checkinhaber, Käufer, die Gefahr, Art. 185 O.R. Fällt der Kurs der fremden Devise, so hat er den Schaden zu tragen, steigt er, so kommt ihm der Gewinn zugute. Ueberdies hat er nur Anspruch auf die Summe fremder Währung zum Kurs des Präsentationstages[18]). Zieht der Checkinhaber den Betrag nicht ein, so bleibt die Schweizer Bank gleichwohl belastet, bis sie den Check widerrufen hat. Erst mit Kenntnis des Widerrufs schreibt die ausländische Bank ihr den Betrag ohne Zinsen wieder gut, erst jetzt kann sie wieder darüber verfügen. Um was ist nun der Checkinhaber ärmer, bzw. um welchen Betrag wurde die Bank auf seine Kosten bereichert?

---

[17]) Die Ansicht des Zürch. Obergerichts, Bl.Z.R. 21 Nr. 9, ist daher verfehlt; es argumentierte: «Angenommen, die produzierten Rechnungsauszüge seien richtig, so würde sich also ergeben, daß der Beklagte bei der bezogenen Banque de C. de l'A.-D. noch Ende Dezember 1917 ein Guthaben gehabt hat, das den streitigen Betrag von 30 000 Rubel um volle 500 000 Rubel überschritten hätte. Daraus würde aber hervorgehen, daß der Beklagte in der Verfügung über den streitigen Betrag durch die Ausstellung des Checks nicht gehemmt war, da ihm noch ein Vielfaches davon zur Vornahme finanzieller Transaktionen zu Gebote stand.» Aber die Bank war im Umfang von 30 000 Rubel in der Verfügung gehemmt, ihre Verfügungsbefugnis hat sich durch dieses Geschäft um 30 000 Rubel vermindert. Dies darf nicht unbeachtet gelassen werden. Es kann einem Institut nicht gleich sein, ob es über 30 000 Rubel mehr verfügen könne oder nicht.

[18]) Vgl. S. 52, insbesondere Anm. 14.

«Die Bereicherung besteht in dem Wert dessen, was der Beklagte für den Wechsel mehr erhalten, als was er für ihn verausgabt hat[19]).» Auf unsern Fall angewendet, steht fest, daß die Bank dem Käufer durch den Check eine latente Forderung übertragen hat, die dem Wert der Kaufsumme gleich kam. Durch die Belastung wurde ihr Guthaben um diesen Betrag vermindert. Wir haben demnach folgende rechtliche Lage: Der Käufer hat der Bank den Preis für den Check bezahlt und hat als Aequivalent die im Check innewohnende Forderung und damit auch die Verfügungsgewalt über den Betrag erhalten, der der Bank belastet wurde. Man kann nicht einwenden, die Schweizer Bank könne gleichwohl noch darüber verfügen, denn sie kann nur soweit verfügen, als sie noch Guthaben hat; da die Belastung mit der Avisierung erfolgt, so wurde ihr Guthaben eben um diese Summe vermindert[20]).

Kann der Checkinhaber den Betrag nicht einkassieren, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, und kann der Check widerrufen werden, so «storniert» der Korrespondent die ersten Buchungen[21]). Die Schweizer Bank erhält einen Vermögenszuwachs, ihr Guthaben ist vergrößert und um diesen Zuwachs ist sie ungerechtfertigt bereichert; er entspricht dem Wert des Checks, Wert im Moment der Umbuchung, im Zeitpunkt, wo die Bank wieder über diesen Betrag fremder Währung verfügen kann, bzw. wo er ihr wieder gutgeschrieben worden ist. Bis zu diesem Zeitpunkt hat der Checkinhaber darüber verfügen können und hat das Risiko getragen. Hätte er die fremde Devise realisiert, so hätte er den Kurs des Realisationstages erhalten und hätte keinen Anspruch gegen die Schweizer Bank wegen Kurssturz gehabt. Die Bank soll nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden, als wenn der Check einkassiert worden

---

[19]) Staub, D.W. Art. 83 Nr. 9. Aehnlich Goetzinger, Art. 813 O.R. Nr. 12 und 13.

[20]) Die Bank könnte zwar den Check widerrufen, würde aber dadurch dem Checkkäufer für allen Schaden verantwortlich, den sie ihm durch ihr vertragswidriges Verhalten zugefügt hat.

[21]) Es liegt aber keine Stornierung im buchhalterischen Sinn vor, indem der Zinsverlust auf dem belasteten Betrag nicht storniert wird. Es findet nur eine Kapitalstornierung statt. Dies entspricht auch dem Charakter der Belastung, die resolutiv bedingt ist (nicht etwa das Vertragsverhältnis zwischen Bank und Klient). Vgl. Art. 154, al. 2, O.R.

wäre. In diesem Fall wäre die Widerrufsmöglichkeit dahingefallen und die Bank hätte endgültig nicht mehr über diesen Betrag verfügen können.

Die Bereicherung ist ein vermögensrechtlicher und wirtschaftlicher Begriff und kann durch Tatsachen zahlenmäßig nachgewiesen werden. Aus dem Vermögen ist der Checkbetrag wirtschaftlich ausgeschieden worden, dagegen trat ein äquivalenter Ersatz, der Kaufpreis, ein. Mit dem Wiedergutschreiben tritt eine Vermögensvermehrung ein, die gegenüber dem Vermögensstatus zur Zeit des Verkaufs eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, deren Wert sich nach dem Kurs des Tages bestimmt, wo der Zuwachs in das Vermögen der Schweizer Bank gelangt ist, und das ist der Tag der Rückbuchung, der Kenntnis vom Widerruf des Checks.

Man kann daher u. E. nur dann von einer Bereicherung der Bank sprechen, wenn der Checkinhaber den Betrag nicht einlösen konnte und der belastete Betrag der Bank wieder gutgeschrieben wird und sie somit darüber verfügen kann. Die Bereicherung besteht in diesem Betrag, Wert zur Zeit der Gutschrift, d. h. der Wiedererlangung der Verfügungsmöglichkeit. Mit dem Kauf des Checks hat der Checkinhaber das Kursrisiko übernommen und er hat nur Anspruch auf Ersatz desjenigen Kurses, der am Tage, wo die Bank die Verfügungsmöglichkeit wieder erhielt, bestand. Solange aber der ausländische Korrespondent vom Widerruf des Checks nicht benachrichtigt ist, bleibt die Belastung bestehen und die Bank kann nicht über den Betrag verfügen, es liegt keine Bereicherung vor[22]).

Nimmt man an, wie das Zürcher Handelsgericht vorschlug, ein Auftragsverhältnis sei gegeben, so kommt man genau zum gleichen Resultat. Der Auftraggeber tritt, wenn er seinen Pflichten gegenüber dem Beauftragten nachgekommen ist, in dessen Rechte ein, Art. 401 O.R., d. h. er wird Eigentümer der Deckungsvaluta, der Inhaber der Rechte, die aus der Belastung resultieren; er trägt das Risiko der Wertvermin-

---

[22]) Dies ist eigentlich im Handelsverkehr eine Selbstverständlichkeit: Bezieht ein Kunde einen Check auf das Ausland, so bezahlt er dafür den heutigen Tageskurs. Bringt er nach einiger Zeit den Check wegen Nichtverwendung zurück, so bezahlt ihm die Bank nicht den erlegten, sondern den Kurs des Rückgabetages.

derung der Deckung. Gelangt diese später wieder in die Verfügungsmacht des Beauftragten, so ist dieser um ihren Betrag, Wert im Moment der Rückübertragung ungerechtfertigt bereichert[23]). Unserer Ansicht war das B.G. i. S. Chester kontra Schweizerische Kreditanstalt vom 30. November 1917[24]): «Ist danach die Klage grundsätzlich gutzuheißen, so hat die Beklagte dem Kläger das herauszugeben, was sie aus dem Checkgeschäft erspart hat. Diese Ersparnis macht die Summe aus, welche die Bank in Odessa der Beklagten, nachdem die Einlösung des Checks unterblieben war, wieder gutschrieb, nämlich 6500 Rubel.» Dabei wurde nicht etwa der Kurs zur Zeit der Checkausstellung als maßgebend angenommen.

In dem wiederholt zitierten Fall B.E. 47 II/320 oder Bl.Z.R. 21, Nr. 9, hat das B.G. seine Ansicht nicht widerrufen, es begründete den gegenteiligen Standpunkt, die Bereicherung liege im Kaufpreis, damit, daß die beiden Fälle von einander abweichen. Soweit aber aus den Publikationen, Bl.Z.R. 17, Nr. 21 und 21, Nr. 9, hervorgeht, liegen keine einen gegenteiligen Entscheid rechtfertigende, tatbeständliche Abweichungen vor. In beiden Fällen kam der Checkinhaber nicht dazu, den Check einzukassieren, in beiden Fällen mußte er sich auf ungerechtfertigte Bereicherung stützen. Zwar hat im Fall Chester der Checkinhaber den Check präsentiert, er wurde aber nicht eingelöst, da die Avisierung versehentlich unterblieben war. Diese Präsentation hat doch sicherlich nicht die Lage für die Schweizer Bank verbessern können, damit bekam der Checkinhaber kein direktes Klagerecht gegen den Bezogenen, das Verhältnis zwischen Aussteller und Bezogenen wurde nicht verändert. Der Checkinhaber könnte einen Schadenersatzanspruch wegen Unterlassen der Avisierung geltend machen[25]).

Im Fall Maag beruhte die Bereicherung auf Art. 62 ff. O.R.; die Bereicherung auf Kosten des Käufers, der nicht Checkinhaber war, liegt auch nur vor, wenn der Begünstigte, der Remittent, für den der Check gekauft worden ist, nicht den Betrag erhalten hat, bzw. die Summe wieder in die Verfügungsmacht der Bank gelangte. Nur für diesen Betrag

---

[23]) Vgl. was weiter oben über die Ansicht des Zürcher Handelsgerichts gesagt worden ist.

[24]) Bl.Z.R. 17 Nr. 31.

[25]) Vgl. was weiter oben schon darüber gesagt worden ist.

liegt eine Bereicherung vor, Wert zur Zeit der Rückbuchung. Ob aus Art. 62 ff. O.R. oder aus Art. 813 O.R. geklagt wird, kann bei gleichen tatsächlichen Verhältnissen an der Höhe der Bereicherung grundsätzlich nichts ändern.

Beim zweiten Fall, wo die Bank sich erst das Guthaben hat beschaffen müssen, um einen Check ausstellen zu können, nimmt die Praxis in der Regel keine Bereicherung an[26]). Die Schweizer Bank kauft sich hier eine bestimmte Summe fremder Währung, z. B. Mark, Kronen, und läßt sie einem ausländischen Korrespondenten überweisen. Bei dieser Transaktion wurde die Bank weder ungerechtfertigt bereichert noch geschädigt. Sie wandelte einen bestimmten Vermögensteil in einen äquivalenten Betrag anderer Währung um, zwar mit Rücksicht auf ein bestimmtes Geschäft. Grundsätzlich trägt sie das Risiko bis zur Checkziehung. Wird der Korrespondent vor Abgabe des Checks zahlungsunfähig, so kann sie nicht den Verlust auf den Klienten, um dessetwillen sie ein Guthaben errichtet hat, abwälzen. Wird der Check ausgestellt und verkauft, so erfolgt sofort die Avisierung und das Verhältnis wickelt sich gleich ab wie beim ersten Fall. Meistens erfolgt die Bildung des Guthabens und die Avisierung der Checkziehung im gleichen Akt; die beiden Momente sind aber u. E. zu trennen, wenn man nicht, was hier leicht möglich ist, ein Auftragsverhältnis annehmen will, dahingehend, die Bank solle auf ihren Namen aber für Rechnung des Klienten ein Guthaben schaffen[27]). Kann der Check nicht eingezogen werden, so erfolgt «Stornierung» der Belastung wie bei Fall 1. Es liegt gar kein Unterschied zwischen den beiden Fällen vor. Durch die Eröffnung des Guthabens hat die Schweizer Bank keine Vermögensverminderung erlitten, wie der bernische Appellationshof annimmt[28]); es liegt einfach eine Umwandlung von Vermögen bestimmter Art in solches anderer Gestalt vor. Rechtlich muß doch der Fall gleich behandelt werden, ob eine Bank schon zum voraus, ohne einen bestimmten Klienten im Auge zu haben, sich ein Guthaben beschafft, oder ob sie es in Voraussicht eines einzelnen, bestimmten

---

[26]) Z.b.J.V. 59/314.

[27]) Vgl. was weiter oben über das Auftragsverhältnis und seine Wirkungen gesagt worden ist.

[28]) Bern. Appell.-Hof i. S. Heß & Co. c. Eidg. Bank. Z.b.J.V. 59/314.

Geschäftes tut. Sie verliert dabei nichts, es ist eine Dislokation und Umwandlung von Vermögenswerten. Bestand das Konto schon vorher, so könnte die Bank geltend machen, sie hätte diese Beträge gekauft, um gerade solche Geschäfte durchführen zu können[29]). In beiden Fällen erfolgt seitens des ausländischen Korrespondenten bei der Avisierung die Belastung, die nur bei Widerruf des Checks «storniert» wird. Es liegt demnach auch im zweiten Fall bei der Stornierung eine Bereicherung vor und zwar im Betrag des Checks, Wert zur Zeit der Wiedergutschrift, denn jetzt kann die Bank wieder über den Betrag verfügen und hat daneben noch den Kaufpreis, das Aequivalent für die Abtretung der Forderung.

Die Bereicherung liegt in beiden Fällen nicht im Kaufpreis, denn dafür erhielt der Käufer den Check und die aus ihm resultierenden Rechte, sondern in der Wiedererlangung der Verfügungsgewalt über den Betrag fremder Währung, deren Wert nach dem Kurs zur Zeit der Rückbuchung zu bestimmen ist.

Diese Regelung entspricht nicht nur dem Handelsverkehr und seinen Sitten, sondern auch dem Recht und der Billigkeit. Trägt nicht der Checkkäufer das Risiko, so kann er auf Kosten der Bank spekulieren. Steigt der Kurs, so realisiert er den Check, fällt er, so belangt er die Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung auf den von ihm bezahlten Kaufpreis, vorgebend, es sei ihm unmöglich gewesen, den Check zu präsentieren.

Nach der in vorliegender Arbeit vertretenen Ansicht werden der Checkinhaber und die Bank nicht besser und nicht schlechter gestellt, als wenn der Check präsentiert und ausbezahlt worden wäre.

---

[29]) Auch wenn man im zweiten Fall, Beschaffung des Guthabens und Checkziehung als eine rechtliche Einheit ansieht und dann, wenn der Klient den Check nicht mehr kaufen will, ihn schadenersatzpflichtig erklärt, insbesondere bei Kurssturz, so haben wir genau die gleiche Lage im ersten Fall. Der Klient will einen Check kaufen, verzichtet aber dann darauf, weil der Kurs gefallen ist und er ihn anderwärts billiger kaufen kann; hier ist der Vertrag auch durch Konsens zustande gekommen und die Bank kann wegen Nichterfüllung Schadenersatz verlangen: Gestern war der Kurs noch um einige Punkte höher als heute, man kann nicht mehr so günstig verkaufen. Art. 107 und 214 O.R., B.E. 32 II 458.

Kann die Stornierung nicht herbeigeführt werden, so ist die Schweizer Bank höchstens um den Anspruch auf Stornierung bereichert, dessen Wert aber erst festgestellt werden kann, wenn die Stornierung effektiv bewirkt werden kann.

Es kommt jetzt hie und da vor, daß ausländische Banken als Zeichen ihres Entgegenkommens die ausstellende Schweizer Bank erst zur Zeit der Präsentation und Auszahlung des Checks belasten. Beim Empfang des Avisbriefes wird die Checkziehung nur vorgemerkt. Die Schweizer Bank bleibt somit im vollen Zinsgenuß des Betrages, kann aber in der Höhe der Checksumme nicht über das Guthaben verfügen, denn die Nichtbelastung beim Empfang des Avis erfolgt nur des Zinsgenusses wegen, sonst ist sie an die selbstverständliche Bedingung geknüpft, daß das Guthaben, die Deckung für den Check, bei der ausländischen Bank bestehen bleibt. Wollte die Schweizer Bank in anderer Weise über das Guthaben wieder verfügen, so würde ihr der ausländische Korrespondent mitteilen, es sei nicht genügend Deckung mehr vorhanden, er könne den neuen Auftrag nicht ausführen oder der früher avisierte Check könne nicht mehr vorgemerkt bleiben.

Die Schweizer Bank ist also auch in diesen, zur allgemeinen Uebung der sofortigen Belastung als Ausnahme zu betrachtenden Fällen in der Verfügung beschränkt. Dies entspricht auch unserm Gesetz, da ein Check nur ausgestellt werden darf, wenn der Aussteller über den angewiesenen Betrag sofort verfügen kann, und diese Verfügungsmöglichkeit muß bestehen bleiben, bis der Check präsentiert wird. Art. 831 und 837 O.R. Dem Checkkäufer wird auch in diesen Ausnahmefällen die Verfügungsmacht über einen Betrag in fremder Währung eingeräumt. Die Schweizer Bank muß die nötige Deckung immer dort belassen, da sie mit der jederzeitigen Präsentation des Checks rechnen muß. Erst mit dem Widerruf des Checks kann sie frei über das Guthaben verfügen. Es erfolgt aber bei Widerruf keine Stornierung, sondern die Vormerkung fällt dahin. Rechtlich sind diese Sonderfälle gleich zu behandeln wie die andern.

Hie und da schließt die Bank mit dem Käufer besondere Vereinbarungen ab für den Fall, wo der Käufer den Check nicht einlösen will, die der Bankusanz und der von uns dargestellten Auffassung entsprechen. Sie verpflichtet sich,

den Check zum Tageskurs, Kurs zur Zeit der Rückgabe zurückzukaufen, unter der Bedingung, daß die Bank am Tage des Rückkaufs in der Lage ist, über ihr Guthaben beim Korrespondenten zu verfügen[30]).

Hatte die Bank kein Guthaben oder war es infolge von Regierungsmaßnahmen gesperrt[31]) und würde sie gleichwohl einen Check ausstellen, so würde sie, da sie ja über kein Guthaben verfügen konnte, also gar keine Gegenleistung prästierte und nicht belastet wurde, um den Kaufpreis bereichert. Die Schweizer Bank mußte wissen, daß der Check nicht honoriert würde und hätte daher den Käufer, der mit der Einlösung rechnete, getäuscht. Dieser könnte die aus Art. 28 event. 31 O.R. resultierenden Rechte geltend machen, Aufhebung des Vertrages mit Schadenersatz oder Beibehaltung mit Schadenersatz, Art. 31, al. 3, O.R.[32]). Gleich läge der Fall, wenn die Bank, wissend, daß ihr Korrespondent insolvent ist, um ihr Guthaben abzubauen, einen Check zöge, oder dies in Kenntnis einer Regierungsmaßnahme, die die Auszahlung verbietet oder auf ein gewisses Maß beschränkt, täte.

Im übrigen bietet der Kauf von Checks auf fremde Plätze keine Schwierigkeiten.

Da der Check ein Zahlungsmittel ist, so haftet der Checkverkäufer im Zweifel dafür, daß er zur Zeit eingeht[33]). Diese Gewährleistung ist nur von Bedeutung bei Inhaberchecks oder bei Blankoindossamenten, wo der Verkäufer den Check durch Blankoindossament erhalten hat und ihn so weiter gibt. In einem solchen Fall muß sich der Käufer auf Zessionsrecht stützen, Art. 173 O.R., und daneben Gewährleistung für richtigen Eingang behaupten und nachweisen. Letzteres kann beim Check vermutet werden, denn mit ihm will man sich sofort Zahlungsmittel verschaffen und dies weiß auch der Verkäufer des Checks.

---

30) Z.b.J.V. 59/307. In Anbetracht der bundesgerichtlichen Praxis ist es für die Banken ratsamer, bei jedem Checkverkauf eine solche Vereinbarung abzuschließen.

31) Zu Beginn des Krieges unterschied man moratorienfreie und gesperrte Guthaben, d. h. solche, die nach Erlaß des Moratoriums errichtet wurden und nicht unter dieses fielen, und andere.

32) Vgl. was in dieser Hinsicht beim Kauf von Wechseln gesagt worden ist.

33) Reichel, S.J.Z. 19/128; a. M. Reichsgericht, Recht 27, Nr. 331.

Ob bei Ausbruch des Konkurses über den Aussteller des Checks der Bezogene noch gültig an den Checkinhaber zahlen kann, ist streitig. Jaeger, Art. 197, Nr. 4c bejaht es, weil die Deckung übergehe; auch Bachmann, Seite 49, indem Art. 470, al. 3, O. R. nur in der Einschränkung von Art. 470, al. 1, gelte, bzw. Art 412, al. 3 und al. 1, a. O.R.; er sieht den Anweisungsempfänger als Zessionar an. Die Praxis hat diese Einschränkung nicht angenommen. B.E 25 II/619. Dem Anweisungsempfänger, zu dessen Vorteil die Anweisung erteilt wurde, steht nur ein Schadenersatzanspruch zu. Gl. Oser, Art. 470 O.R., Nr. 3c. Da der Check aus der Anweisung hervorging und ihre Regeln auf ihn auch anwendbar sind, Art. 471, al. 2, O.R., so ist es fraglich, ob der Bezogene noch zahlen kann. Vgl. die Ausführungen über diesen Punkt beim Kauf von Wechseln. Art. 882 Entw. O.R. macht dieser Unsicherheit ein Ende, indem er sich der Ansicht der Handels- und Bankkreise anschließt: Der Konkurs widerruft den Check nicht; den Bedürfnissen des Verkehrs und der Bankusanz wird damit die gesetzliche Regelung gegeben.

IV. Neben Wechseln und Checks kommen noch die Ordreanweisungen, billets à ordre in Betracht und dann briefliche und telegraphische Zahlungsanweisungen. Telegraphische Zahlungsanweisungen sind im überseeischen Verkehr von großer Bedeutung. Es werden daher auch zwei Kurse festgesetzt, insbesondere Dollars Checks und Dollars Cable. Der Kurs für Dollars Cable ist immer höher[34]).

§ 4. Konti in fremder Währung.

I. Wirtschaftliche Bedeutung.

Hat ein Kaufmann in 2—3 Monaten eine Schuld in fremder Währung zu bezahlen für erhaltene oder zu erhaltende Waren und scheint ihm heute der Kurs günstig, so kauft er den Betrag schon jetzt bei seiner Bank. Diese eröffnet ihm ein Konto in fremder Währung, worüber er dann im gegebenen Zeitpunkt verfügt, durch Auszahlungen (sog. Versements) oder Checkziehung. Der Einkauf erlaubt es ihm, schon jetzt seine Kalku-

[34]) Vgl. was oben S. 22 ausgeführt wurde.

lation anzustellen, denn er weiß, was er für die fremde Währung auslegen muß. Auch der Private, der sich im Kleinen oder im Großen der «interessanten» Devisenspekulation hingibt, erwirbt Guthaben in fremder Währung. Die Errichtung von Konti in fremder Währung fand daher in größtem Umfang statt.

Die Banken belehnten, namentlich früher, solche Guthaben. Ueber die Belehnung heißt es in einem Zirkular einer schweizerischen Bank: «Wir belehnen, solange Konvenienz, ausländische, in der Regel nur frei verfügbare Bankguthaben, die auf unsere Hauptbank zu übertragen sind und daselbst in Separatrechnung gutgeschrieben werden, in Form von Krediten in laufender Rechnung auf der Basis von 75% des tiefsten Tageskurses. Sinkt der Kurs, so wird die Kreditlimite entsprechend herabgesetzt und ist der Bank nötigenfalls auf erstes Verlangen Nachdeckung zu leisten.»

Der eingeräumte Kredit war also nicht fest, denn die Bank behielt sich vor, ihn im Falle eines Kurssturzes verhältnismäßig herabzusetzen, was eine peinliche Kontrolle der Kurse verlangte. Die Bank hatte das Recht, jederzeit die Vorschüsse zu künden und Rückzahlung zu verlangen. Bei nicht sofortiger Deckungsbeschaffung oder Rückzahlung behielt sie sich vor, die Guthaben in fremder Währung zum Tageskurs zu liquidieren.

Die Häufigkeit des Vorkommens dieser Konti rechtfertigt es, auf die wirtschaftlich-technischen Beziehungen zwischen Bank und Klient einzutreten.

Nachdem die Bank das Konto errichtet hat, sei es, daß das Guthaben ihr von einer andern Bank übertragen worden ist, oder daß sie den Auftrag des Klienten ausgeführt hat, für ihn einen Betrag in ausländischer Währung zu erwerben, teilt sie ihm mit, daß sie den Betrag auf ihren (Bank-) Namen, aber auf Rechnung und ausschließliche Gefahr des Klienten bei der ausländischen Bank X angelegt habe. Die ausländische Bank weiß in der Regel gar nicht, ob und event. auf was für Personen sich das Guthaben der Schweizer Bank verteilt. Sie verzinst der Schweizer Bank das Guthaben, die hinwiederum einen bestimmten Zins ihrem Klienten gewährt, der wohl meistens etwas kleiner ist, als der von der ausländischen Bank erhaltene. Wir haben demnach zwei voneinander zu trennende Zinsverhältnisse. Das Guthaben wird in einem Separatkonto

in laufender Rechnung geführt. Oft werden kleinere Guthaben in fremder Währung, besonders bei stark entwerteten Währungen, vom Zinsgenuß ausgeschlossen. Von welcher Summe an die Guthaben verzinst werden, ist verschieden und hängt vom Kurs der betreffenden Währung ab. Das Kriterium liegt darin, ob der erhaltene Zins Mühe und Auslagen für die Führung eines zinspflichtigen Kontos noch übersteigt[1]).

Oft haben die Banken Gelegenheit, ihr Guthaben, bzw. diejenigen der Klienten vorteilhafter zu placieren, wenn sie sie statt auf Sicht für einige Zeit festlegen. Da die Klienten ihrerseits jederzeit über den Betrag verfügen könnten, so frägt die Bank sie an, ob sie gegen eine höhere Verzinsung mit einer Anlage für eine bestimmte Zeit einverstanden seien[2]). Im allgemeinen aber sind die Guthaben auf Sicht angelegt, der Klient kann jederzeit über den ganzen Betrag verfügen; dem entspricht auch die relativ bescheidene Zinsvergütung. Die Banken bestimmen meist, daß über das Guthaben nur vermittelst Checks, die die Bank ausstellt, oder durch von ihr beorderte Auszahlung verfügt werden darf. Der Klient kann in der Schweiz nicht Auszahlung in Noten verlangen, da der Kurs für Banknoten in der Regel gegenüber dem Kurs für Checks, der auch für die Auszahlungen gilt, höher ist. Eine Ausnahme bildete während einiger Zeit der Kurs der deutsch-österreichischen Noten, infolge des Einfuhrverbotes von Kronennoten, das Deutsch-Oesterreich im Jahre 1920 erließ. Benötigt der Klient Banknoten, so muß er sie von der Bank kaufen, wobei er die Kursdifferenz zwischen Kurs für Checks und für Banknoten zu vergüten hat.

II. Die rechtlichen Beziehungen zwischen der Bank u. ihren Kunden.

A. Beschaffung des Guthabens.

1. Der Klient, der aus irgendeinem Grund ein Guthaben in fremder Währung benötigt, kauft sich bei seiner Bank ein solches, d. h. er gibt ihr den Auftrag, ihm dasselbe zu be-

---

[1]) Bei einem Kurs von 0,1 Rappen für 100 Mark und bei einem Zinsfuß von 2% auf einem Guthaben von 200 000 Mark macht der jährliche Zins 4000 Mark = 4 Rappen aus. Der Klient müßte für Porti, Spesen ein Vielfaches dieses Betrages ausgeben.

[2]) Ueber den Einfluß solcher Geschäfte auf die Gefahrtragung vgl. was weiter unten gesagt wird.

schaffen. Die Bank wird den Kauf dieser Forderung[3]), denn um eine solche handelt es sich, da ja nicht Auszahlung in Valuta, Banknoten, Geld der betreffenden Währung erfolgt, unter ihrem Namen, aber für Rechnung des Klienten ausführen.

Es kommen hier die Regeln des Auftrags und nicht die der Kommission zur Anwendung, da es sich nicht um bewegliche Sachen, noch um Wertpapiere handelt. Art. 425 O.R. Der Kauf von Forderungen fällt daher, wenn sie nicht in einem Wertpapier verkörpert sind, nicht unter die Kommission[4]). Der Begriff der «beweglichen Sache» ist also in Art. 425 O.R. enger als der Begriff des Fahrniskaufs des Art. 187 O.R. U. E. zu Unrecht, besonders was die Gepflogenheiten im Handelsverkehr anbelangt, wo der Kauf von Devisen für fremde Rechnung, hauptsächlich in Gestalt von Forderungen, als Kommissionskauf behandelt wird; die Ausdehnung der Regeln der Kommission auf den Fahrniskauf, wie ihn Art. 187 festgestellt hat, würde den Verhältnissen und Bedürfnissen besser entsprechen. § 383 des H.G.B. beschränkt das Kommissionsgeschäft auf Waren und Wertpapiere, bestimmt aber in § 406, daß die Regeln auch auf andere Geschäfte, die für Rechnung eines Dritten, aber auf eigenen Namen abgeschlossen werden, zur Anwendung kommen, was für unsern Fall zutreffen würde. Nach französischem Recht ist das Kommissionsgeschäft nicht auf Kauf und Verkauf von beweglichen Sachen und Wertpapieren beschränkt; für die Kommission wird auf die Regeln des Mandats verwiesen[5]). Soll die Bank fremdes Geld, Geldsorten, Banknoten kaufen, so sind sowohl nach schweizerischem wie nach deutschem Recht die Kommissionsregeln anwendbar, denn hier werden Geldsorten als Waren gekauft[6]), und handelt es sich um Banknoten im engern Sinn, so liegen Wertpapiere vor[7]). De lege lata liegt prinzipiell bei Kauf von Guthaben in fremder Währung zwecks Errichtung eines Kontos für Rechnung der Klienten ein Auftragsverhältnis vor.

Die Bank muß die Interessen des Klienten wahren; sie muß zu einem möglichst günstigen Kurs kaufen. Man darf

---

[3]) Vgl. was weiter unten § 8 III, S. 154 f., darüber gesagt wird.
[4]) Gl. M. Oser, Art. 425 O.R., Nr. I 1b; Weidmann I/11; Munzinger 264.
[5]) C. com. fr. Art. 94; C. c. fr. Art. 1984 ff.
[6]) Staub, § 1 H.G.B., Nr. 38a.
[7]) Vgl. oben § 3 I.

aber bei «Bestens-Aufträgen» nicht verlangen, die Bank hätte noch etwas warten sollen, der Kurs hätte sich günstiger gestaltet. Im Gegenteil, die Bank hat das Recht und u. E. auch die Pflicht, den Auftrag möglichst rasch auszuführen[8]); sie kann sich auch darauf stützen, daß der gegenwärtige Kurs nach Meinung des Auftraggebers geeignet sei, sonst hätte er den Auftrag wahrscheinlich nicht erteilt, und daß er ihn seinen Berechnungen zu Grunde gelegt habe. Glaubt aber die Bank sichere Anhaltspunkte für ein Sinken oder Steigen der Kurse zu haben, so kann ihr der Klient, wenn sie sich in seinem Interesse danach verhält, der Erfolg aber nicht eingetreten ist, daraus keinen Vorwurf machen und Schadenersatz verlangen[9]). Denn die Bank haftet für getreue und sorgfältige Ausführung[10]), darunter fällt aber auch die Berücksichtigung der den Kurs der Devisen beeinflussenden Verhältnisse. Die Bank ist Fachmann und soll ihre Kenntnisse im Dienst ihren Klienten verwenden. Natürlich darf und soll die Bank nicht auf bloße Vermutungen hin mit der Ausführung des Auftrags zaudern, wenn keine Zeitbestimmung für die Vornahme festgesetzt wurde, da sich damit leicht eine Spekulation der Bank auf Kosten ihrer Klienten verbinden könnte. Der Auftraggeber aber hat somit das Recht, sofortige Ausführung des Auftrags zu verlangen; andernfalls haftet ihm die Bank für den eingetretenen Schaden, außer wenn sie glaubhaft machen kann, daß sie in guten Treuen bestimmter Verhältnisse wegen mit der Ausführung gewartet habe, oder wenn sie nachweist, daß sie praktisch nicht früher hätte operieren können. Anders ist der Fall, wenn der Klient eine Limite angegeben hat. Hier kann die Bank nur handeln, wenn der Kurs der Limite entspricht, oder günstiger ist.

2. Die Bank muß dem Kunden den Kurs berechnen, zu dem sie das Guthaben selbst für Rechnung des Auftraggebers

---

[8]) Gl. M. Staub, § 400 H.G.B., Nr. 12, und § 384, Nr. 3: «Börsenkommissionen müssen, sofern dies möglich ist, an der Börse des Tages, an dem der Auftrag eingeht, erledigt werden». Für Devisenkäufe, auch außerbörsliche, muß dies u. E. ebenfalls gelten, auch bei ihnen liegt das Moment der Kursschwankungen vor.

[9]) Das geht aus Art. 398 und 422 O.R., insbesondere al. 2, hervor.

[10]) Sie hat die gleiche Sorgfalt wie ein Dienstpflichtiger anzuwenden. Art. 398 O.R.

erworben hat; das «Schneiden» oder «Breitschlagen» (österreichischer Ausdruck) ist verboten. Die geht schon aus der Vertrauensstellung des Beauftragten hervor, wurde in Art. 428, al 3, O.R. für die Kommission ausdrücklich bestimmt und gilt natürlich auch für den Auftrag[11]).

Würde der Kurs wie beim Kauf von Effekten an Börsen, an der Börse offiziell festgestellt und wären für Aufträge für Devisengeschäfte ebenso von vornherein, die Courtage, Provision bestimmt, so wäre die Nachprüfung sehr leicht[12]).

Wir haben in der Schweiz nur zwei Devisenbörsen, wo der Kurs öffentlich in einem amtlichen Kursblatt festgestellt wird und zwar in Genf und Basel, letztere wurde erst während des Krieges errichtet. In Zürich und auf den andern Bankplätzen werden daher die Devisen nur außerbörslich gehandelt, direkt von Bank zu Bank; die Kursdifferenzen bei den einzelnen Banken spielen aber keine große Rolle, denn die Grundlage der Kurse wird durch den Weltmarkt bestimmt und die kleinen Kursdifferenzen auf dem gleichen Platz werden bald durch Angebot und Nachfrage ausgeglichen. Heute, wo die Arbitrage wieder möglich ist, können nicht einmal unter den verschiedenen Bankplätzen große Differenzen lange bestehen, ohne daß sie durch die Arbitrage sofort ausgeglichen werden. Aber auch in Basel und Genf hat der außerbörsliche Verkehr der Devisen einen größern Umfang als derjenige an der Börse; der Börsenkurs bildet im allgemeinen die Grundlage, wobei beachtet werden kann, daß die notierten Kurse zwischen Geld und Brief größere Margen aufweisen, als dies im außerbörslichen Verkehr der Fall ist. Gleichwohl kann man auf allen Bankplätzen von einem Markt- oder Börsenpreis der Devisen sprechen[13]). Den von der Bank bezahlten Marktpreis

---

[11]) Vgl. daher auch § 6, al. 2, des Zürcher Gesetzes betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren vom 31. V. 1896: Der Auftraggeber ist berechtigt, wenn kein Selbsteintritt erfolgt ist, die Vorweisung der Abschlußdokumente zwischen dem Vermittler und dem Dritten zu verlangen.

[12]) An der Zürcher Börse 1 $^0/_{00}$, minimal 50 Rappen pro Titel, Handbuch der Zürcher Effektenbörse, 1897, S. 44, § 15, und ähnlich Courtagevertrag vom 26. IV. 1919. § 1, § 4 der allgemeinen Reglemente für den Effektenverkehr an der Basler Börse.

[13]) Prz. 12 Nr. 57, S. 162: Marktpreis ist der Preis, «der infolge regelmäßiger Geschäftsabschlüsse für eine Ware bestimmter Gattung und Art an einem bestimmten Handelsplatz zu einer bestimmten Zeit erzielt wird».

muß der Klient ersetzen, samt den Auslagen und der Provision, da letztere im Handelsverkehr auch beim Auftrag üblich ist, Art. 394, al. 3, O.R. Auf dem Abrechnungsbordereau wird von der Bank meistens ein etwas höherer als der effektive Ankaufskurs berechnet; dagegen wird aber dem Klienten nichts mehr für Porti, Telephongespräche und Provision verlangt; in der kleinen Differenz liegt der ganze Anspruch der Bank auf Ersatz der Auslagen und auf Provision. Diese Art der Abrechnung ist nicht anfechtbar, denn der Klient könnte ja genaue Abrechnung verlangen und erhielte dann Kenntnis von der Höhe des Kurses und der Spesen und Provision. Er braucht auch nur den Marktpreis festzustellen und wird dann selber ersehen können, ob die Differenz zwischen diesem und dem ihm berechneten Kurs eine den Betrag einer angemessenen Provision und Ersatz der Auslagen übersteigende Höhe erreiche. Da die Bank in ihrem Namen die Devisen erworben hat, so geht der Anspruch, Forderung auf den Klienten erst über, wenn dieser ihr gegenüber allen Verpflichtungen aus dem Auftrag nachgekommen ist, Art. 401 O.R. Da oft bei rasch sinkendem Kurs das Guthaben in fremder Währung nicht mehr genügen würde, um die Ansprüche der Bank zu decken, so verlangen die Banken Vorausbezahlung, oder doch wenigstens eine Anzahlung, außer wenn es sich um ganz solvente Klienten handelt. Die Anzahlung soll dann genügen, um mit dem realisierten Guthaben die Ansprüche der Bank zu decken. Ist der Auftraggeber mit seiner Leistung im Verzug, so setzt ihm die Bank eine Frist zur Regulierung unter Androhung des Verkaufs des Guthabens auf seine Rechnung und Gefahr hin; für eine allfällige Differenz macht sie ihn haftbar[14]).

3. In der Praxis kommt es oft vor, daß die Bank dem Klienten aus ihrem eigenen Guthaben den gewünschten Betrag verkauft, also eigentlicher Selbsteintritt. In der Abrechnung wird in der Regel nie angegeben, ob das Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen worden ist oder durch Selbsteintritt[15]).

---

[14]) Vgl. weiter unten § 7.

[15]) In den Formularen wird gewöhnlich Selbsteintritt angenommen: «Wir verkauften Ihnen», oder «Wir kauften von Ihnen». Mußte das Geschäft an einer auswärtigen Börse abgeschlossen werden, so kommt das im Formular zum Ausdruck: «Wir kauften für Sie an der .....».

Würde ein Kommissionsverhältnis zwischen Bank und Klient bestehen, so stände der Bank ohne Zweifel das Recht zum Selbstkontrahieren zu, Art. 436 O.R., denn auch die Devisen haben einen Marktpreis und an den Devisenbörsen Börsenpreis. Letzterer ist eine Art des Marktpreises, ist doch die Börse nur der Ort, wo der Markt unter Kaufleuten zu einer bestimmten Zeit abgehalten wird; sie ist eine Konzentration des Angebots und der Nachfrage[16]). Oser geht daher zu weit, wenn er Art. 436 O.R., Nr. II 1a δ, behauptet, damit von einem Markt- oder Börsenpreis gesprochen werden könne, müsse ein einheitlicher Preis vorliegen. In der Schweiz, wo wir an der Börse nicht einen einheitlichen Preis haben, sondern wo alle Preise, zu denen Abschlüsse getätigt werden, als Börsenpreise gelten, wäre demnach ein Selbstkontrahieren des Kommissionärs nicht möglich, wofür sich unsere Schweizer Banken bedanken würden[17]). Zuzugeben ist, daß bei Vorhandensein der verschiedenen Börsenkurse es einer Bank leichter fallen wird, den Klienten zu schneiden. Da die Bank in der Regel mehrere gleichlautende Aufträge hat, so wird es dem Klienten schwer fallen, nachzuweisen, daß ein Auftrag, auch bei ordentlicher regulärer Ausführung, nicht bei Selbsteintritt, zum günstigsten Kurs ausgeführt worden ist[18]). Das Schneiden ist daher auch bei regulärer Ausführung des Auftrags möglich.

Die Bank muß bei Selbsteintritt nachweisen, daß der berechnete Kurs mit dem Markt- oder Börsenpreis übereinstimmt, daß er bei mehreren Kursen einem derselben entspricht. Ist der Klient damit nicht einverstanden, so wird sie ihm die nötigen Aufschlüsse geben und darlegen, daß sie sich so eingedeckt habe, was in der Regel bei den vielen Schwankungen der Kurse gehört werden muß. Prinzipiell hat der Klient auch beim Selbsteintritt Anspruch auf den günstigsten Kurs; nach deutschem Recht nicht auf einen schlechtern, als denjenigen

---

16) Pra. 12 Nr. 67.

17) Gl. M. Weidmann II 177; das Zürcher Gesetz betreffend den gewerbsmäßigen Verkehr mit Wertpapieren sieht selber in § 6 den Selbsteintritt vor.

18) § 8 der V.O. vom 3. Juli 1896 zum zitierten Zürcher Gesetz erlaubt daher dem Kommissionär, wenn er ein Effekt zu verschiedenen Kursen und für verschiedene Personen gekauft und verkauft hat, die Titel zum effektiven Mittelkurs zu berechnen.

eines event. Anlaßgeschäftes (§ 401, al. 2, H.G.B.). Der Klient hat aber dann nicht Anspruch auf den Kurs des Deckungsgeschäftes, wenn die Bank auf ihr Risiko spekuliert hat, d. h. die Deckung ist auf Gefahr der Bank in einem spätern Zeitpunkt vorgenommen worden[19]). Der Gedanke des § 401 H.G.B. kann auch für das schweizerische Recht Anwendung finden, denn Art. 428 O.R. gilt auch bei Selbsteintritt (Art. 436 O.R.). Im allgemeinen hat der Klient Anspruch auf den mittleren Marktpreis — auf den Durchschnittspreis[20]). Hat der Klient eine Kaufs- oder Verkaufslimite festgesetzt, so muß mindestens dieser Preis eingehalten werden, wenn nicht Art. 397, al. 1, gegeben ist.

Da in unseren Fällen im Verhältnis zwischen Bank und Klient nicht die Kommissionsregeln anwendbar sind, so muß untersucht werden, ob die Bank gleichwohl den Selbsteintritt erklären darf.

Im allgemeinen soll der Beauftragte das Geschäft nicht mit sich selber abschließen. Doch ist man unter Berücksichtigung des Handelsverkehrs dazu gekommen, bei der Kommission Selbsteintritt zu gestatten[21]), und schließlich stellte man den Grundsatz auf, daß das Selbstkontrahieren erlaubt sei, sobald es nicht gegen die Interessen des Auftraggebers verstoße[22]). Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, § 170, Anm. 8, vgl. bei von Tuhr II 2 364, Note 189, erlaubt das Selbstkontrahieren, soweit es nicht gegen Treu und Glauben verstößt[23]). Diese Umschreibung wird wohl mit der Ansicht von Oser und Becker zusammenfallen, denn

---

19) Weidmann II 173 ff.

20) Dies geht aus Art. 212, al. 1, O.R. hervor. Gl. M. Weidmann II 177; Fick, Art. 436 O.R., Nr. 11; Hafner, Art. 444 a. O.R. Nr. 10. Das bernische Handelsgericht i. S. Riggenbach & Cie. kontra Tschudy, wobei der mittlere Kurs der getätigten Geschäfte und nicht zwischen Brief und Geld angenommen wurde.

21) § 400 H.G.B., Art. 436 O.R. und Weidmann a. a. O. Die französische Praxis hat den Selbsteintritt nur mit Erlaubnis des Kommittenten zugelassen, da Art. 94 c. com. fr. nichts sagt. Arrêts de la chambre civile de la cour de cassation. 28. X. 1903, 22. V. 1905, 27. XI. 1907.

22) Oser, S 151; Becker, Art. 33 O.R., Nr. 5, gleich Reichel, S.J.Z. 12/25, und Pra. 1913, S. 561.

23) Staub stimmte in der 8. Aufl. des Kommentars zum H.G.B § 58, Nr. 11, bei.

da das Auftragsverhältnis ein Vertrauensverhältnis ist, so wird jede Handlung des Beauftragten, die gegen die Interessen des Auftraggebers ist, gegen Treu und Glauben verstoßen. Nach Becker ist der Selbsteintritt nicht gegen die Interessen, wenn es sich um Markt- oder Börsenpreise handelt und ein Spekulieren auf Kosten des Vertretenen ausgeschlossen erscheint. Das Spekulieren wird im allgemeinen dann ausgeschlossen sein, wenn der Klient es in der Hand hat, die berechneten Preise an Hand der Marktpreise zu kontrollieren.

Man darf u. E. sagen, daß wenn bei einem Auftragsverhältnis die Bedingungen des Art. 436 gegeben sind, der Selbsteintritt erlaubt ist.

Nach einer in der ganzen Schweiz verbreiteten Bankusanz beanspruchen die Banken bei Devisenkäufen das Selbsteintrittsrecht. Die Usanz bindet auch den Gegenkontrahenten, wenn er sie kennt, oder die Bank nach Treu und Glauben im Verkehr annehmen konnte, daß er sie kennen mußte[24]). Die Bank könnte demnach, wenn man das Prinzip des Art. 436 O.R. nicht anwenden will, auch einem Nichtfachmann die Usanz erfolgreich entgegenhalten, wenn dieser im steten Verkehr mit ihr steht und oft solche Devisengeschäfte ausführen läßt[25]). Die Handelssitte dient nur zur Auslegung der Verträge, sie ist lex contractus[26]), und darf nicht verwechselt werden mit der Börsenusanz, die in der Regel nicht Handelssitte, sondern autonome Satzung ist[27]). Der Staat ermächtigt eine Gruppe von Kaufleuten, einen Verein, Regeln aufzustellen, die für alle gelten, welche in ihren Kreis eintreten und dort Geschäfte abschließen, auch wenn sie die Regeln nicht kennen.

---

[24]) Becker, Art. 18 O.R., Nr. 12; von Tuhr II 1/536, Nr. 17.

[25]) Nach Cosack 105/6 braucht die andere Partei keine Kenntnis vom Inhalt der Handelssitte zu haben. Gl. M. Reichsgericht 97/218; a. M. Laband 497, u. u. a. Becker, von Tuhr. Staub, allgemeine Einleitung zum H.G.B. Anm. 34, gibt der Partei, die die Usanz nicht kennt, das Recht, den Vertrag gemäß § 119 B.G.B. wegen Irrtum anzufechten.

[26]) B.E. 47 II 164, 37 II 410, 32 II 49, 283 u. a. m.

[27]) Gl. M. Cosack 345/6. A. M. Staub H.G.B. Allg. Einleit. Note 36: Nach ihm sind sie in der Regel Verkehrssitte. U. E. kommt es darauf an, ob der Staat den Börsenorganen das Recht gegeben hat, in verbindlicher Weise Regeln aufzustellen, wie das in § 22 des zitierten Zürcher Gesetzes der Fall ist. Die Statuten, Reglemente und Usanzen unterliegen noch der Genehmigung des Regierungsrates. Aehnlich Ehrenberg II 526/7.

Auf alle Fälle muß der Selbsteintritt gestattet sein, wo der Auftraggeber ihn ausdrücklich zuläßt, oder wo sich aus den Umständen ergibt, daß er ihn erlauben wollte[28]). Man kann vielleicht noch einen Schritt weiter gehen und sagen, das Selbsteintrittsrecht ist da gegeben, wo es dem Auftraggeber gleich ist, ob der Beauftragte selbst in den Vertrag eintritt oder nicht. Das wird nun in der Regel bei Devisenaufträgen der Fall sein. Der Klient gibt telephonisch oder telegraphisch den Auftrag, ihm eine fremde Devise zu kaufen oder zu verkaufen. Hier ist es dem Klienten gleich, ob die Bank den Auftrag regulär ausführt, oder durch Selbstkontrahieren. Er kennt den heutigen Kurs der Devise und damit auch den Umfang seiner Verpflichtung. Es liegt in einem solchen Fall sicherlich eine stillschweigende Ermächtigung zum Selbstkontrahieren, umsomehr als gar keine innere Berechtigung vorliegt, Devisenaufträge nicht als Kommissionen aufzufassen, wie das de lege lata der Fall sein muß, wenn es sich nicht um Geldsorten oder Devisen im engern Sinne (Wechsel und Checks) handelt, oder wenn man nicht den Kauf von beweglichen Sachen im Sinn von Fahrniskauf des Art. 187 O.R. auslegen will. Die Parteien werden sich höchst selten, weder die Bank noch der Klient bewußt sein, daß Devisenaufträge nicht unter die Kommissionsregeln fallen, daß somit der Selbsteintritt ohne Ermächtigung ausgeschlossen ist.

Sobald sich nichts anderes aus den Umständen ergibt, kann die Bank u. E. den Selbsteintritt erklären, wenn die Erfordernisse des Art. 436 O.R. vorliegen. Art. 437 O.R. muß in diesen Fällen auch gelten, denn er verweist nicht nur auf Art. 436 O.R., sondern er gilt überall da bei der Kommission, wo ein Selbsteintritt gesetzlich oder vertraglich erlaubt ist[29]). Das H.G.B. hat in entgegengesetzter Weise legiferiert; wenn der Kommissionär nichts mitteilt, wird Abschluß mit einem Dritten vermutet[30]). In einem solchen Fall tritt dann die Selbsthaftung ein[31]). Da Art. 446 a. O.R., der dem Art. 437 O.R. entspricht, direkt auf Art. 444 a. O.R. verwies, so

---

[28]) von Tuhr II 2/364, R.G. 64/367 ff., geht noch weiter; Ehrenberg IV 2/146.

[29]) Oser, Art. 437 O.R., Nr. 4.

[30]) § 405, al. 1, H.G.B.

[31]) § 384, al. 3, H.G.B.; Weidmann II 223 ff.

nahm Weidmann an, daß in den Fällen, wo der Selbsteintritt vertraglich erlaubt war und nichts gesagt wurde, das deutsche System der Selbsthaftung auch für das schweizerische Recht gelte[32]).

Da nach Art. 437 O.R. in allen Fällen, wo Eintritt möglich ist, ein solcher bei Stillschweigen vermutet wird, so darf der Gedanke auch auf unsere Fälle angewendet werden.

Eintritt ist möglich, bis der Auftraggeber die Anzeige von der Ausführung mit einem Dritten erhalten hat[33]); nur darf bei Devisengeschäften mit der Ausführung des Auftrags nicht gezögert werden.

Mit der Benachrichtigung der Eröffnung des Kontos ist der Auftrag von seiten der Bank ausgeführt; ist der Klient seinen Pflichten nachgekommen, so ist das Rechtsverhältnis, das während der Errichtung des Kontos bestand, gelöst und aufgehoben.

B. Rechtsverhältnis zwischen Bank und Klient während Bestehen des Kontos.

1. Allgemeines.

Die Bank teilt dem Klienten mit, daß das Guthaben bei der und der ausländischen Bank angelegt sei, auf ihren Namen, aber auf seine Rechnung und Gefahr[34]). Da der Klient die Gefahren tragen muß, so ist es auch billig, daß er weiß, wo das Guthaben liegt, damit er allenfalls gegen die Wahl der ausländischen Bank Einspruch erheben kann.

Es kommt selten vor, daß der Klient verlangt, das Guthaben sei auf seinen Namen im Ausland anzulegen. In diesem Fall kann er allein darüber verfügen, die Schweizer Bank steht in keinem Verhältnis mehr zu ihm. Es ist allerdings für einen Inhaber von Guthaben in fremder Währung vorteilhafter, wenn er die Führung des Kontos und die Beaufsichti-

---

32) Weidmann II 235.

33) Vgl. über alle diese Fragen Weidmann II.

34) Die Angabe des Namens der ausländischen Bank wurde durch ein Schreiben der Bankiervereinigung vom 29. IX. 1922 anempfohlen, um gegenüber den Klienten geschützt zu sein. Früher wurde oft nur gesagt, das Guthaben sei bei einer erstklassigen Bank angelegt.

gung der ausländischen Bank einer Schweizer Bank überträgt; diese wird doch im allgemeinen sofort von allen Verfügungen im Ausland Kenntnis haben und kann deshalb interessewahrend die nötigen Maßnahmen treffen.

2. Rechte und Pflichten der Bank und des Klienten.

a) In erster Linie muß die Natur des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages bestimmt werden. Mit der Begründung der Forderung und der Möglichkeit darüber verfügen zu können, hat die Bank ihre Pflichten als Einkaufsbeauftragte erfüllt. An die Stelle des frühern Auftragsverhältnisses ist ein anderes getreten. Eines steht fest, der Klient hat eine Forderung gegenüber der Bank, lautend auf eine fremde Währung, über die er durch Checks oder Auszahlungen ohne weiteres verfügen kann. Die Forderung ist so beschaffen, daß nicht er die Gewalt über die ausländische Bank hat, soweit dies sein Guthaben anbelangt, sondern die Schweizer Bank; er muß ihr den «Auftrag» geben, den ausländischen Korrespondenten zu Auszahlungen zu veranlassen. Zimmermann[35]) sagt, der Klient habe ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Schweizer Bank, aber keines gegenüber der ausländischen, gibt aber die Natur des Vertrages nicht an. Sicher ist, daß der Bankkunde ein direktes Recht gegenüber der Schweizer Bank hat. Aber auf was geht es? Bei den gewöhnlichen Forderungsrechten gegenüber einer Bank, beruhen sie auf Depot oder Darlehen, hat der Klient das Recht, Auszahlung an den Schaltern der Schuldnerbank zu verlangen; er darf Zahlung in gesetzlicher Landesmünze beanspruchen. In unsern Fällen hat er dieses Recht nicht, er darf nicht Auszahlung bei seiner Bank verlangen; will er Noten, so muß er sie besonders kaufen. Es wird auf sein Begehren hin eine ausländische Bank beauftragt, Auszahlungen zu vollziehen, oder Checks einzulösen. Bei gewöhnlichen Guthaben in Landeswährung weiß der Bankkunde nicht, wie und wo es die Bank ihrerseits angelegt hat und er trägt auch nur die Gefahr der Insolvenz der Bank und nicht die des Schuldners der Bank, wie dies bei den Guthaben in fremder Währung der Fall ist.

---

[35]) Zimmermann, S.J.Z. 17/153.

Diese Unterschiede genügen aber nicht, um anzunehmen, der Bankkunde habe kein direktes Forderungsrecht gegenüber der Schweizer Bank. Eine Forderung ihr gegenüber steht ihm zu, nur ist er vertraglich in dem Sinn gebunden, daß er nicht Auszahlung durch die Schweizer Bank direkt und in der Schweiz verlangen kann. Damit ist aber die Natur des Vertrages noch nicht bestimmt.

Ein Darlehen an die Schweizer Bank kann es nicht sein; Art. 317 O.R. würde dem allerdings nicht entgegenstehen, da ja die Forderung aus dem Auftragsverhältnis als Darlehen bei der Bank gelassen worden wäre, wobei als Darlehen der Betrag in fremder Währung angesehen werden müßte. Die Bank wäre demnach aus Darlehensvertrag verpflichtet, dem Klienten eine solche Forderung zur Verfügung zu halten. Der Annahme eines Darlehens stehen aber alle Indizien entgegen. Erstens kann der Klient zu jeder Zeit über die Forderung verfügen, was, wenn nichts abgemacht worden wäre, dem Art. 318 O.R. entgegenstehen würde. Zweitens ist das ganze Verhältnis im Interesse des Klienten begründet worden, ferner spricht die nicht darlehensmäßige niedrige Verzinsung dagegen[36]). Ueberhaupt der ganze Tenor der auf Separatkonti in fremder Valuta bezüglichen Bedingungen, Vorschriften, schließt ein Darlehen aus, ebenso deren Zweck. Durch diese Anlagen fließen den Banken nicht Betriebsmittel zu, sondern die Kaufleute wollen durch sie einen Betrag fremder Währung zur Verfügung haben, über den sie zu jeder Zeit disponieren können.

Es kommen also höchstens noch Auftrag oder Depot in Frage; Vertrag zu Gunsten Dritter ist ausgeschlossen, denn die ausländische Bank kennt den Kunden nicht, sie weiß gar nicht, daß das Guthaben im Grunde der Schweizer Bank nicht gehört.

An und für sich könnte ein Auftragsverhältnis vorliegen. Der Klient beauftragt die Bank ausdrücklich oder stillschweigend, das Guthaben in fremder Währung, das er gekauft hat, auf ihren Namen anzulegen (indirekte Stellvertretung), sodaß er folglich nur durch ihre Vermittlung über das Guthaben verfügen kann. Die Annahme eines Auftragsverhältnisses hätte

---

[36]) Endemann III 926 f.

den Vorteil, daß er ohne weiteres ein direktes Forderungsrecht gegenüber der ausländischen Bank besitzen würde[37]). Die Bank wäre somit nicht genötigt, in ihrem Formular alle die bereits erwähnten Vorbehalte zu machen, da sich diese schon aus dem Auftragsverhältnis ergeben würden. Nicht die Schweizer Bank würde das Guthaben dem Kunden verzinsen, wie dies jetzt der Fall ist, sondern die ausländische Bank. Die Schweizer Bank müßte ihrem Klienten alle Einkünfte gutschreiben, Art. 400 O.R., ihm über das Verhältnis zur ausländischen Bank Rechenschaft geben, und sie hätte Anrecht neben Ersatz der Auslagen auf eine Provision, da diese im Handelsverkehr bei Auftragsverhältnissen üblich ist. Art. 394, al. 2, O.R.

Die Absicht der Parteien geht nicht auf ein solches Verhältnis. Der Klient will nicht mit der ausländischen Bank verkehren und in einem Rechtsverhältnis mit ihr stehen, und die Bank will ebensowenig bloße Beauftragte sein. Der Inhalt der Bedingungen läßt nicht auf ein Auftragsverhältnis schließen; die Bank schreibt dem Klienten in der Regel: «Wir legen den Betrag an... und wir verzinsen Ihr Guthaben; Sie haben sich in bezug auf die Verfügungsberechtigung allen Einschränkungen zu unterwerfen, welchen unser Institut selbst unterworfen werden sollte etc. Allfällige Abgaben oder Steuern, die das Ausland von uns erheben sollte, werden Ihnen in Rechnung gestellt.» Diese Vorbehalte wären vom Standpunkt eines Auftragsverhältnisses Selbstverständlichkeiten. Erläuternd wird dann beigefügt: «..., daß wir Ihrer Verfügungsfreiheit keine weitergehenden Schranken auferlegen, als diejenigen, die auch uns gegenüber in Anwendung kommen». Alle diese Momente lassen sich nur im Rahmen eines Depotvertrages, eines depositum irregulare erklären. Das irreguläre Depot kann auch so errichtet werden, daß die Verpflichtung der Bank auf Bereithalten des Guthabens in eine Verwahrungspflicht des diesem Guthaben zu Grunde liegenden Betrages Geldes umgewandelt wird[38]). Schwierigkeiten bietet uns nur der Umstand, daß infolge von Parteiverabredung die Schweizer Bank nie verpflichtet war, auch nicht aus dem

---

[37]) Art. 401 O.R.

[38]) Staub, Anhang zu § 444 H.G.B., Nr. 6; Oertmann § 700 B.G.B., Nr. 3b.

Auftragsverhältnis heraus, und nie verpflichtet ist, selber das Geld auszubezahlen. Auszahlung in Noten kann nur bei der ausländischen Bank selbst verlangt werden. Der Unterschied zum gewöhnlichen Guthaben, das z. B. Grundlage für einen Checkvertrag ist und das wir als Depot[39]) auffassen, liegt darin, daß die hinterlegte Sache bei der Schweizer Bank ist und bei ihr wieder zurückverlangt und auch da wieder zurückerstattet werden muß. Ein ähnlicher Unterschied kann auch beim Wertschriftendepot bestehen; zwischen einem Wertschriftendepot bei der Bank selber und einem im Ausland liegenden. Die Schweizer Bank hat z. B. für ihren Klienten an der Börse in New York Wertpapiere kaufen lassen und sie bei ihrem Korrespondenten dort deponiert, da der Klient die Titel event. bald wieder verkaufen will. Der Depotschein wird auf den Namen der Schweizer Bank ausgestellt und dem Klienten wird mitgeteilt, daß die betreffenden Titel Nr. X in New York auf seine Rechnung und Gefahr bei der Bank Y deponiert seien. Die Gefahr ist aber hier des Aussonderungsrechtes wegen nicht groß, da ein reguläres Depot vorliegt. Auch in diesem Fall besteht der Depotvertrag zwischen der Schweizer Bank und ihrem Klienten, obschon die Titel im Ausland deponiert sind und der Klient nichts ins Depot gegeben hat, denn auch hier hat sich sein Anspruch aus dem Auftragsverhältnis auf Beschaffung der Titel, in einen solchen aus Depotvertrag gewandelt[40]).

Daher dürfen wir sagen, daß zwischen der Schweizer Bank und ihrem Klienten ein Depotvertrag besteht, wonach das Guthaben bei einer Bank des Landes der betreffenden

---

[39]) Der Charakter der Sparkasseneinlagen ist streitig und nicht immer gleich. Oser, Art. 481 O.R., Nr. 5, Oster 72 f.: Es ist ein Vertrag sui generis speziell 82: «Il ne saurait être question proprement ni du mutuum, ni du dépôt irrégulier et nous n'hésitons pas à en faire un contrat innomé (sui generis) sans réglementation jusqu'à présent dans le droit civil et qui participe à la fois du dépôt et du prêt, tout en se raprochant surtout du dépôt irrégulier».

[40]) Aehnlich liegt der Fall zwischen Zentralbankier, Lokalbankier und Kunde. Vgl. Bankarchiv 18/205, Nr. 4. Der Lokalbankier hat vergessen, dem Kunden die Nummern anzugeben, wie dies das deutsche Depotgesetz vorschreibt, deshalb gingen die Titel nicht in dessen Eigentum über, sondern sie blieben in dem des Lokalbankiers, obschon die Titel beim Zentralbankier waren.

Währung deponiert ist und folglich auch dort Auszahlung in Geldsorten verlangt werden kann. Die Verpflichtung der Schweizer Bank geht dahin, daß der Klient jederzeit, soweit keine Beschränkungen, denen die Bank selber unterworfen ist, entgegenstehen, die Auszahlung in dieser Währung im betreffenden Währungslande verlangen und erhalten kann.

Es besteht also ein depositum irregulare, Art. 481 O.R., da die fremde Valuta gleichwohl Geld im Sinn von Art. 481 O.R. ist[41]). Das verhindert natürlich nicht, daß fremde Valuta auch Ware sein kann, wie wir in § 3 angenommen haben. Hier wird die fremde Valuta als Wertmesser deponiert, als nicht zwangsläufiges Geld[42]), währenddessen sie im andern Fall beim Kauf von Noten, Geldsorten, Objekt des Kaufes ist, und zwar die einzelnen Stücke, also Ware.

Es liegt demnach ein depositum irregulare vor und der Klient hat nur eine Forderung gegenüber der Schweizer Bank. Der Umstand, daß der Klient den Betrag nicht einbezahlt hat, ist nichts Anormales. Wir haben diese Erscheinung überall im Bankverkehr, überall da, wo der bargeldlose Verkehr entwickelt ist. Wenn ein Kaufmann in Genf sich in Zürich bei einer Bank ein Guthaben, Depot errichten will, das als Grundlage eines Kontokorrent-Checkverkehrs dienen soll, so wird er in den wenigsten Fällen eine wirkliche Einzahlung vornehmen, sondern er wird der Zürcher Bank mitteilen, daß er ihr zur Eröffnung des Kontos einen bestimmten Betrag durch seine Genfer Bank überweisen lassen werde. Diese teilt dann der Zürcher Bank mit, daß sie ihr laut Auftrag ihres Klienten X einen bestimmten Betrag gutgeschrieben habe, wenn die Banken miteinander im Verkehr stehen, sonst teilt sie ihr mit, daß sie auftragsgemäß ihr einen Betrag zur Verfügung halte, worüber sie disponieren möge. Ueberhaupt kommen im Bankverkehr unter den Banken sehr selten Auszahlungen vor, alles geschieht durch Gutschrift und Belastung, event. durch Vermittlung der Nationalbank, und doch betrachten die Banken die Guthaben, die sie gegenseitig haben, als irreguläre Depots. Dies steht nicht etwa dem Charakter des depositum irregulare entgegen, da bei diesem Nutzen und Ge-

---

41) Arg. Art. 84 O.R. Gl. M. Becker, Art. 84 O.R., Nr. 1; Oser, Art. 84, Nr. 3a.

42) Geld im Sinn von Ehrenberg IV 1/570.

fahr, das Eigentum[43]) auf den Aufbewahrer übergeht und der Hinterleger nur eine Forderung auf Zurückerstattung eines tantundem eiusdem generis hat. Kann aber der Aufbewahrer als Eigentümer frei verfügen, so kommt es ihm besonders bei Geld auf das gleiche hinaus, ob realiter hinterlegt oder das Depot in der Weise begründet wird, daß ihm, dem Aufbewahrer, ein Betrag bei einer dritten Bank gutgeschrieben wird, über den er ohne weiteres verfügen kann; er erhält dadurch selber ein Depot. Dies geht oft sehr klar aus den durch die Bank gebrauchten Formularen hervor: Zum Beispiel empfiehlt sich eine Bank durch folgendes Zirkular: «Wir belehnen ausländische Guthaben (frei verfügbare), die auf unsere Hauptbank zu übertragen sind und daselbst in Separatrechnung gutgeschrieben werden etc.» Das heißt doch nichts anderes, als daß das Guthaben durch Uebertragung nun bei der Schweizer Bank errichtet ist; diese hat das Guthaben bei der ausländischen Bank erhalten, kann darüber frei verfügen und der Klient hat bei der Schweizer Bank ein Guthaben in fremder Währung, steht also nicht mehr der ausländischen oder einer andern inländischen Bank als Hinterleger gegenüber. Auf Grund des Guthabens bei der Schweizer Bank wird ihm von ihr als Aufbewahrer ein Kredit eröffnet.

Zur Begründung eines depositum irregulare ist somit nicht eine effektiv vorgenommene Hinterlegung nötig, eine bloße Gutschrift, Zession oder Begründung einer Forderung genügt[44]).

---

[43]) Gl. M. Oser, Art. 481 O.R., Note 4a; a. M. Fick, Art. 481 O.R., Nr. 18: Das Eigentum geht erst mit der Aneignung über, was natürlich von Bedeutung im Konkurs ist. Ist die Aneignung noch nicht erfolgt, so ist Aussonderung möglich.

[44]) Es liegt hier ein Art. 924 Z.G.B. analoger Fall vor. Vgl. z. B. Wieland, Art. 924 Z.G.B., Nr. 1a: «Die Bank wird angewiesen, die Titel auf das Depot des Erwerbers zu übertragen»; beim irregulären Depot geschieht dies durch Uebertragen des Guthabens, der Forderung. Vgl weiter Wieland a. a. O. Nr. 2a: «Dagegen wird umgekehrt in der Abtretung des Herausgebeanspruchs eine Besitzüberweisung zu erblicken sein». Beim depositum irregulare wird kein Besitz übertragen, sondern der Zessionar hat nur den Anspruch, der aus dem depositum irregulare resultiert, er ist also Deponent. Die Abtretung des Herausgebeanspruchs durch Zession der Forderung ist natürlich unabhängig vom Verhältnis zwischen dem Neuberechtigten, dem ehemaligen Berechtigten, oder einem Dritten. Die Uebertragung kann auch durch Novation geschehen.

Die Depoterrichtung kann auch durch Vertrag zu Gunsten Dritter bewirkt werden, indem eine Bank die andere beauftragt, dem X zu Lasten ihres Kontos ein Guthaben zu begründen und ein Konto zu eröffnen[45]). Der Anspruch aus dem Vertrag zu Gunsten eines Dritten verwandelt sich in einen Anspruch aus Verwahrungsvertrag[46]).

Das depositum irregulare hat große Aehnlichkeit mit dem Darlehen, auch bei ihm besteht nur eine Forderung auf Herausgabe von Geld oder vertretbaren Sachen. § 700 B.G.B. bestimmt daher, daß die Darlehensregeln anwendbar seien; das Geschäft ist aber nicht ein Darlehen, sondern ein depositum irregulare, wobei dann die Bestimmungen des Darlehensvertrages ebenfalls zur Anwendung kommen[47]).

b) Stellung der Bank. Infolge der darlehensartigen Wirkung des depositum irregulare fallen für die Bank von vornherein alle diejenigen Pflichten, die mit der Innehabung einer körperlichen, fremden Sache zusammenhängen, weg.

Beim gewöhnlichen Depot ist die Bank verpflichtet, dem Hinterleger jederzeit die Summe auszubezahlen. Aber hier schafft die vertragliche Abmachung eine Einschränkung. Erstens hat sich die Bank nicht verpflichtet, selber die betreffende Valuta in dem Sinne auszubezahlen, daß der Klient bei ihr Noten verlangen kann. Dies wird von allen Banken, soweit uns bekannt ist, ausgeschlossen[48]). Will der Klient Noten, so muß er diese bei der Bank kaufen. Sein Guthaben in fremder Währung wird belastet, daneben muß er noch das Agio, das zwischen dem Noten- und Checkkurs besteht, bezahlen. Es liegt demnach ein richtiger Kauf oder Tausch von Noten vor.

Der Klient kann uneingeschränkt mit Checks und Auszahlungen verfügen, dabei ist er nicht absolut an den Ort, wo die Schweizer Bank das Guthaben angelegt hat, gebun-

---

[45]) Becker, Art. 112 O.R., Nr. 5.

[46]) Staub, Anhang zu Art. 424 H.G.B., Nr. 6, und Oertmann § 700 B.G.B., Nr. 3b.

[47]) Oertmann, § 700 B.G.B., Nr. 1b; Düringer-Hachenbur III 499.

[48]) Da die Bank nicht zur Auszahlung in der Schweiz verpflichtet ist, und dem Klienten mitteilt, wo sie das Guthaben angelegt hat, so kann man sagen, der Klient sei einverstanden und könne nur im Ausland Zurückbezahlung verlangen. Art. 477 O.R., Art. 1942 c.c.fr. und B.E. 33 II 424.

den. So ist es dem Klienten möglich, fast überall in dem betreffenden Lande Auszahlungen zu effektuieren und Checks zu ziehen. Aber nur die Schweizer Bank kann die Checks ausstellen oder Auszahlungsaufträge erteilen, da ja das Guthaben auf ihren Namen angelegt ist. Dies hat nebenbei einen Vorteil für den Klienten, er haftet nicht checkrechtlich dem Checkinhaber, wenn der Check nicht an seine Ordre ausgestellt worden ist.

In zweiter Linie haben die Banken ihre Verpflichtung in dem Sinn eingeschränkt, daß sich der Klient den gleichen Beschränkungen unterwerfen muß, die für die Schweizer Bank selber maßgebend sind. Dies ist keine besondere Abrede, denn die Bank ist gezwungen, die Guthaben in den betreffenden Währungsländern anzulegen, um sie nutzbringend verwenden zu können. Wird die Auszahlung, wie dies der Fall ist, ins Ausland verlegt, so besteht natürlich die Gefahr ausländischer Beschränkungen durch Verfügung von hoher Hand, Streiks u. a. m. Die Banken können dieses Risiko nicht auf sich nehmen, da ja ihnen gegenüber die Institute ausländischer Staaten die Haftung für solche Fälle regelmäßig auch ausgeschlossen haben. Alle diese Einschränkungen gehen schon aus der allgemeinen Klausel «auf Ihre Rechnung und Gefahr» hervor. Der Kunde hat der Bank allfällige Steuern, Abgaben, die die Bank bezahlen muß, zu ersetzen.

Die Bank verpflichtet sich, dem Deponenten einen gewissen Zins zu vergüten. Dies ist eine selbständige Verpflichtung der Schweizer Bank und nicht davon abhängig, ob die ausländische Bank ihrer Zinspflicht pünktlich nachkommt oder nicht. Eine Einschränkung liegt nur darin, daß das Guthaben auf Rechnung und Gefahr des Klienten angelegt ist. Damit dürfte wohl die Zinspflicht der Schweizer Bank nicht ohne weiteres von der Erfüllung der ausländischen Bank abhängig sein. Es müßte im einzelnen Fall untersucht werden, ob die Nichterfüllung eine Folge der Gefährdung des Guthabens ist oder nicht. Im erstern Fall würde dann auch die Schweizer Bank von ihrer Zinspflicht befreit.

Nach Art. 481 O.R. (beim gewöhnlichen irregulären Depot) gehen Nutzen und Gefahr auf die Bank über; sie kann frei über das Geld verfügen, der Klient hat ihr gegenüber nur ein Forderungsrecht. Er trägt nur die Gefahr der Insol-

venz des Depositars, nicht aber das Risiko, ob derjenige, bei dem die Bank den Betrag in irgendeiner Form angelegt habe, diesen ihr wieder zurückerstatten kann. Bei den Guthaben in fremder Währung trägt auch der Deponent einen Teil der Gefahr. Die Bank teilt ihm hier mit, daß sie den Betrag auf seine Rechnung und Gefahr bei der Bank X angelegt habe. Seit dem erwähnten Zirkular der Bankiervereinigung wird der Name der ausländischen Bank immer angegeben. Gibt die Bank den Namen nicht an, so frägt es sich, ob dann überhaupt die Klausel, auf Rechnung und Gefahr des Klienten, Wirkung hat. Auf alle Fälle muß dann ein strenger Maßstab für die Haftung mit Bezug auf Auswahl der ausländischen Depotstelle angelegt werden. Außerdem muß die Schweizer Bank beweisen, daß der Betrag wirklich dort angelegt worden sei, denn daraus leitet sie das Recht ab, den erlittenen Verlust auf den Klienten abzuwälzen. Art. 8 Z.G.B. Gibt die Bank aber von vornherein den Namen der ausländischen Bank an, so weiß der Klient, wo event. Gefahr für ihn liegt, und er kann unter Umständen rechtzeitig Vorsichtsmaßregeln ergreifen, d. h. die Schweizer Bank beauftragen, das Guthaben anderswo anzulegen. Gerät die ausländische Bank in Schwierigkeiten, so wird dem Klienten gleichwohl der Beweis offen stehen müssen, daß das Guthaben bei einer andern Bank angelegt worden sei, er somit trotz der Klausel «auf Ihre Rechnung und Gefahr» den Verlust nicht zu tragen hat. Aus der Korrespondenz der Schweizer Bank mit der Verkäuferin der Forderung und mit der ausländischen Bank kann immerhin mit ziemlicher Gewißheit ersehen werden, ob der Betrag dort angelegt worden sei[49]). Schwieriger ist der Beweis, wenn die Bank den Kaufsauftrag durch Selbsteintritt ausgeführt hat und dem Kunden einfach einen Teil ihres Guthabens abgetreten hat. Hier kann der Klient im allgemeinen den Verlust nur dann auf die Bank abwälzen, indem er ihr Nachlässigkeit in der Auswahl des Depositars vorwirft und nachweist.

Da die Schweizer Bank die Gefahr der Insolvenz der ausländischen Bank auf den Klienten abwälzt, so hat dieser das Recht auf sorgfältige Auswahl. Die Schweizer Bank kann

---

[49]) Die Schweizer Bank ist nach prozessualen Grundsätzen verpflichtet, diese Schriftstücke zu edieren.

sich nicht mit dem Einwand, der Klient habe die Depotbank gekannt, von dieser Haftung befreien, denn sie ist Fachmann und soll auch entsprechend handeln und sich erkundigen.

Da zwischen der Schweizer Bank und ihrem Klienten ein irreguläres Depot besteht, so hat die Bank die «Sachen» sicher aufzubewahren[50]). Grundsätzlich darf der Aufbewahrer die Sache nicht einem Dritten zur Aufbewahrung übergeben[51]). Hat er aber durch Vertrag das Recht erhalten, so haftet er dem Hinterleger für die richtige Auswahl, wie beim Auftrag, wo der Beauftragte die Besorgung einem Dritten anvertrauen darf, also culpa in eligendo et instruendo[52]). Zwischen dem Substituten und dem Auftraggeber besteht regelmäßig kein Rechtsverhältnis, es ist analog dem des Untermieters zum Vermieter[53]). Die Haftung des Aufbewahrers ist ähnlich der des Dienstpflichtigen[54]), und wird durch Fachkenntnisse, Bildung beeinflußt. Wo aber Fachkenntnisse verlangt werden und der Aufbewahrer weiß das und hat sie nicht, so haftet er gleichwohl für fachgemäße Ausführung und nicht etwa für culpa in concreto. Das Verhältnis ist gleich wie zwischen der Haftung aus Dienst- und der aus Werkvertrag. Der Unternehmer haftet wie der Dienstpflichtige, da er aber Sachverständiger ist, so besteht eine größere Haftung (omnis culpa), Art. 328, al. 3, O.R. Fehlen dem Unternehmer die nötigen Sachkenntnisse, so haftet er gleichwohl für omnis culpa, denn er geriert sich wie ein Sachverständiger, da er ja den Vertrag trotzdem eingeht.

Beim darlehensartigen Depot, wie Oser das depositum irregulare nennt[55]), spielt das Verbot der Uebertragung des Depots keine Rolle, denn Nutzen und Gefahr sind auf den Deponenten übergegangen, er ist Eigentümer geworden[56]) und kann frei verfügen und er allein trägt das Risiko. Besteht aber eine Parteiabrede, daß trotz des Uebergangs von Nutzen und

---

50) Oser, Art. 481 O.R., Nr. 4a. Art. 472 O.R.

51) Oser, Art. 472 O.R., Nr. 4a δ, und Fick, Art. 472 O.R., Nr. 22.

52) Art. 399, al. 2, O.R.

53) Oser, Art. 399 O.R., Nr. 3; Fick, Art. 399 O.R., Nr. 18.

54) Art. 328 O.R. und 398.

55) Oser, Art. 481, Nr. 4a.

56) ... oder kann es doch ohne weiteres werden. Fick, Art. 481 O.R., Nr. 28 und 29.

Gefahr der Hinterleger die Gefahr der Hinterlegung der Schweizer Bank bei einem bestimmten Dritten tragen muß, so haftet ihm natürlich sein Kontrahent für die sorgfältige Wahl des Dritten.

Trotz der Gefahrtragung durch den Klienten haftet die Schweizer Bank bei Nachlässigkeit in der Auswahl; es muß daher von der Bank, die die nötigen Unterlagen haben soll, große Sorgfalt verlangt werden. Die Schweizer Bank ist u. E. nach erfolgter Hinterlegung verpflichtet, das Depot zurückzuziehen und anderweitig anzulegen, sobald sie Kenntnis von einer Verschlechterung der Lage der ausländischen Bank hat. Andernfalls könnte man ihr den Vorwurf von Nachlässigkeit auf Kosten des Klienten nicht ersparen und dürfte daraus ihre Haftbarkeit herleiten.

Die Schweizer Bank ist aber nicht absolut verpflichtet, das Guthaben immer bei der dem Klienten genannten ausländischen Bank zu belassen. Als Forderungsberechtigte und «Eigentümerin» des hinterlegten Betrages kann sie das Guthaben in Zirkulation bringen, ohne den Klienten davon zu benachrichtigen[57]). Der Klient darf aber dadurch keine größere Gefahr tragen. Sobald die Schweizer Bank das Guthaben bei der ausländischen Bank wegnimmt, muß der Klient nur mehr die Gefahr der Insolvenz der Schweizer Bank tragen, denn da das Guthaben nicht mehr bei der ihm genannten ausländischen Bank liegt, so besteht kein Risiko mehr für ihn bei ihrer Insolvenz. Schwierigkeiten können aber entstehen, wenn, wie das meistens der Fall ist, bei der betreffenden ausländischen Bank die Guthaben mehrerer Klienten und vielleicht noch Gelder, für die die Schweizer Bank das Risiko trägt, angelegt sind und zwar in einem einzigen Konto. Wird nicht das ganze Guthaben abgelöst, so frägt es sich in einem allfälligen Konkurse der ausländischen Bank, wer für den Rest die Gefahr tragen muß. Da die Klienten annehmen dürfen und müssen, daß ihre Guthaben, wie das

---

[57]) Sie hat z. B. einen Wechsel auf fremde Währung diskontiert und trägt das Kursrisiko selber. In einem solchen Fall wird sie zum Kurs des Diskontierungstages aus einem Guthaben der betreffenden Währung, das sie für Rechnung und Gefahr ihres Klienten, aber auf ihren Namen angelegt hat, einen gleich großen Betrag sofort verkaufen und beim Eingang des Wechsels das Guthaben wieder ergänzen.

ihnen mitgeteilt worden ist, dort liegen, so wäre der Verlust von ihnen zu tragen. Hatte die Bank dort keine Gelder, für die sie die Gefahr trug, so frägt es sich weiter, welcher Klient aus der Entnahme Gewinn ziehen kann. Die Bank hatte natürlich bei der Wegnahme nicht das Guthaben eines bestimmten Klienten im Auge, sondern entnahm aus dem Gesamtguthaben als solchem, sodaß die Klienten im Verhältnis ihrer Forderungen an die Schweizer Bank am geretteten Betrag teilnehmen[58]). Es kommt oft vor, daß die Schweizer Bank verschiedene Konti bei der gleichen Bank hat, hier partizipieren nur die Klienten, aus deren Sammelkonto die Entnahme erfolgte.

Hat die Bank auch aus Geldern, für die sie die Gefahr trägt, das Konto gespiesen, so darf man im allgemeinen annehmen, sie habe diese zuerst verwenden wollen. Geschah dies aber, um sie vor dem drohenden Verlust zu bewahren, weil sie das Gesamtguthaben nicht mehr ablösen konnte, so partizipieren die Klienten ebenfalls an diesem Betrag. Treu und Glauben verlangen, daß die Bank alle angelegten Gelder gleich gut überwacht und zu retten sucht, auch wenn sie für einzelne Beträge die Gefahr auf Dritte abgewälzt hat; der Dritte, Klient, muß sich darauf verlassen können. Kann der Bank in der Ueberwachung eine Nachlässigkeit vorgeworfen und bewiesen werden, so ist sie den Klienten verantwortlich. Ueberspannen darf man aber die Ueberwachungspflicht nicht, sie soll im Rahmen der sorgfältigen Geschäftsführung geschehen.

Seit dem Zirkular der schweizerischen Bankiervereinigung legen die Schweizer Banken die Guthaben ihrer Klienten nur mit deren Zustimmung an einem neuen andern Ort an, sodaß gemäß Vertrag der Klient auch hier das Risiko tragen muß, da er seine Zustimmung gegeben hat.

Terminierte Anlage: Nach Art. 475 O.R. ist die Bank verpflichtet, auf Begehren des Klienten sofort Auszah-

---

[58]) Zum Beispiel Gesamtguthaben 12 Millionen, das sich aus folgenden Klientenguthaben zusammensetzt: A = 2 Mill., B = 4 Mill., C = 3 Mill., D = 2 Mill. und E = 1 Mill. Entnommen wurden vor Konkursausbruch 3 Mill.; davon entfallen auf A = ½ Mill., B = 1 Mill., C = ¾ Mill., D = ½ Mill. und und E = ¼ Mill. = zusammen 3 Mill. Daneben erhalten die Klienten noch die Konkursdividende der Restguthaben.

lungen zu veranlassen. Dadurch ist aber die Schweizer Bank verhindert, selber das Guthaben langfristig anzulegen. Da bei festen Anlagen günstigere Bedingungen erhältlich sind, so werden die Klienten angefragt, ob sie mit einer festen Anlage gegen eine höhere Verzinsung einverstanden wären.

Auch hier legt die Schweizer Bank das Geld auf ihren Namen an, nur sie tritt in ein Vertragsverhältnis mit den Dritten, während der Klient ihr gegenüber sein Geld ebenfalls fest anlegt.

Zwischen der Schweizer Bank und dem Klienten besteht kein Depotvertrag mehr, aus der Forderung aus depositum irregulare ist durch Novation eine Darlehensforderung geworden, denn das Recht auf jederzeitige Rückforderung der deponierten Sache ist jus cogens[59]). Die Neuerung ist formlos und kann stillschweigend abgemacht werden; aus den durch die Parteien gewollten und herbeigeführten neuen Wirkungen kann der Novationswille klar zutage treten[60]). Damit treten unter den beiden Parteien die Rechtswirkungen eines Darlehensvertrages ein. Art. 312 ff. O.R. Die Beziehungen unter den Parteien bleiben zwar faktisch und rechtlich beinahe die gleichen, da das depositum irregulare sehr viele darlehensartige Wirkungen hat. Aenderungen treten u. a. besonders in der Verzinsung ein, da im kaufmännischen Verkehr auch ohne Verabredung Zinse zu bezahlen sind. Art. 313, al. 2, O.R.; in unserm Fall erfolgt eine relativ hohe Verzinsung, die unabhängig ist von der der Schweizer Bank durch den Dritten geschuldeten Verzinsung.

Die andere für die Schweizer Bank wichtige Aenderung liegt in der zeitlichen Beschränkung des Rückforderungsrechtes des Klienten; dieser darf vor Ablauf des Termins keine Auszahlungen auf das Guthaben hin verlangen.

Die Darlehensregeln erlauben auch eine Kompensation, was bei Depotvertrag angesichts Art. 125, Ziff. 1, O.R. wider den Willen des Deponenten ausgeschlossen ist; vgl. was darüber weiter unten gesagt wird.

---

[59]) Oser, Art. 475 O.R., Nr. 1d; Fick, Art. 475 O.R., Nr. 15; Staub, Anhang zu § 424 H.G.B., Nr. 6; Oertmann, § 607 H.G.B., Nr. 26 und die bei ihm angegebenen Autoren.

[60]) Fick, Art. 116 O.R., Nr. 12; Becker, Art. 116 O.R., Nr. 9.

Durch die Novation ist das frühere Rechtsverhältnis mit allen seinen Rechten und Pflichten, Pfandrechten und Bürgschaften untergegangen[61]). Durch Parteiverabredung, auch durch stillschweigende kann bestimmt werden, daß die Pfänder und Sicherheiten, nicht aber die Bürgschaften, da bei diesen ein neuer Vertrag mit dem Bürgen der Form wegen abgeschlossen werden muß, für das neue Rechtsverhältnis gelten sollen. Ist aber das frühere Rechtsverhältnis untergegangen, so bestehen darüber weitere Parteiabreden auch nicht mehr. Wird daher zwischen Schweizer Bank und Klient nichts abgemacht, so geschieht die Anlage des Guthabens seitens der Schweizer Bank n i c h t auf Rechnung und Gefahr des Klienten. Wir müssen daher zwei Fälle unterscheiden:

1. Die Bank will aus bestimmten Gründen den Namen des Dritten nicht nennen. Sie teilt ihrem Klienten nur mit, sie hätte Gelegenheit, den Betrag sicher auf Termin anzulegen, was ihr eine höhere Verzinsung erlaube, und frägt an, ob er damit einverstanden sei. Hier wird die Mitteilung gemacht, damit die Schweizer Bank ihrem Klienten gegenüber gegen eine allfällige plötzliche Verfügung über das Guthaben geschützt ist. Dieser Schutz ist nur in der Form eines befristeten Darlehens möglich, Art. 475 O.R.; es besteht zwischen Bank und Klient ein Darlehensvertrag. Da der Klient nichts Näheres weiß und keine besonderen Abreden bestehen, so muß er das Risiko, das die Schweizer Bank bei ihrem Kontrahenten läuft, nicht tragen. Es haftet ihm gegenüber nur die Schweizer Bank und nur durch deren Insolvenz drohen ihm Verluste. Er hat der Schweizer Bank das Darlehen gegeben und steht in keinem Verhältnis zum Dritten, sie haftet ihm für die richtige Rückzahlung. Zwischen der Schweizer Bank und dem Dritten braucht nicht notwendigerweise ein Darlehensverhältnis zu bestehen, es kann ganz anderer rechtlicher Natur sein. Die Verpflichtung der Schweizer Bank zum Klienten ist unabhängig von der ihres Drittkontrahenten zu ihr selbst.

2. Etwas anders liegt der Fall, wenn die Schweizer Bank dem Klienten genau angibt, bei wem das Geld fest angelegt werde. Diese Mitteilung erfolgt gewöhnlich, wenn das Geld bei einer ausländischen Bank placiert wird. In unserm zwei-

---

[61]) Art. 116 in Verbindung mit 114 O.R.

ten Fall erfolgt die Anlage wieder auf den Namen der Bank, aber auf Rechnung und Gefahr des Klienten. Hier tritt wieder die Frage nach der Natur des Verhältnisses zwischen Bank und Klient auf. In Betracht fallen Auftrag, indirekte Stellvertretung oder Darlehen.

Besteht ein Auftragsverhältnis, so liegt es auf der Hand, daß der Klient das ganze Risiko tragen muß, aber ihm allein kommen auch alle Vorteile zugute. Die Schweizer Bank hat nur Anspruch auf Provision, die sie sich ohne weiteres in der Differenz der ausländischen Verzinsung und der inländischen herausnehmen würde. Ob die Provision den Verhältnissen entspricht oder nicht, könnte der Klient feststellen lassen. Trotzdem der Anstoß zum Geschäft von der Schweizer Bank ausgeht, kann ein Auftragsverhältnis vorliegen, um so eher, wenn man bei der nicht festen Anlage ein Auftragsverhältnis annimmt; obschon die Grenze schwer zu ziehen ist, haben wir in diesem Fall einen Depotvertrag angenommen.

Bei der Annahme eines Auftragsverhältnisses hat der Klient das Recht des jederzeitigen Widerrufs. Art. 404 O.R. Gerade diese Gefahr wollte die Bank durch ihre Anfrage und die Terminabrede beseitigen. Beim Auftrag aber will der Auftraggeber in seiner Dispositionsbefugnis frei sein, und das ganze Verhältnis soll nur seinen Interessen dienen[62]). Natürlich kann der Widerruf das einmal abgeschlossene Geschäft nicht aufheben, Art. 406 O.R. Solange der Vertrag mit dem Dritten noch nicht abgeschlossen ist, ist ein Widerruf möglich, was aber nicht zutrifft, wenn wir einen Darlehensvertrag zwischen Schweizer Bank und Klient annehmen. Als Konsensualvertrag ist letzterer mit der Zustimmung geschlossen. Erfolgt der Widerruf nach Abschluß des Vertrages mit dem Dritten, so wird jedes Verhältnis der Bank zu diesem gelöst. Alle ihre Rechte gehen von Gesetzes wegen auf den Klienten über, wenn er seinen Pflichten nachgekommen ist, Art. 401 O.R. Diese Folgen will und kann die Schweizer Bank nicht auf sich nehmen. Die Absicht keiner der Parteien geht dahin, daß der Klient in direkte Beziehungen zu den ausländischen

[62]) Hodler 109: Durch Erteilung eines Auftrags will sich der Auftraggeber nicht, wie bei gewöhnlichen, zweiseitigen Verträgen, in seiner Dispositionsbefugnis binden, sondern im Gegenteil, er will frei bleiben unter Zuhilfenahme eines Mittels der fremden Arbeitskraft.

Geschäftsverbindungen der Bank tritt. Der Klient will in der Regel auch nicht mit dem ausländischen Dritten verkehren, er kennt seine Bank und will nur zu ihr in einem Verhältnis stehen.

Bei der Annahme eines Darlehens ist das Anormale, daß der Klient keinen Rückgabeanspruch gegen die Schweizer Bank hat, wenn ihr Kontrahent insolvent wird. Das O.R. steht auf dem Boden der Vertragsfreiheit und es könnte folglich eine solche Abmachung nur wegen Unsittlichkeit nichtig sein, der großen Bindung des Bankkunden wegen. Da hier nur eine Bindung in vermögensrechtlicher Hinsicht besteht, so müßten für die Annahme einer unsittlichen Abmachung gewichtige Gründe vorliegen[63]). Von Tuhr a. a. O. unterscheidet zwischen unsittlicher Bindung und einer solchen, die nicht unsittlich ist, aber als Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens, aus sozialen Gründen nicht geduldet werden darf. Wir nennen dies auch unsittlich, indem wir den Begriff der Sittlichkeit auch auf das wirtschaftliche Leben ausdehnen. Ein Vertrag ist unsittlich, wenn er nach dem Volksempfinden, nach der herrschenden Ansicht der in Betracht kommenden Kreise gegen die guten Sitten verstößt. Die sozialen Empfindungen, Anschauungen finden ihren Niederschlag in den «guten Sitten». Eine unsittliche Bindung liegt dann vor, wenn durch den Vertrag die eine Partei in ihrer Vertragsfreiheit so stark beschränkt wird, daß sie wirtschaftlich geknebelt ist[64]). Eine solche Abmachung kann in der Gefahrtragung durch den Klienten nicht liegen, erstens stimmt er freiwillig dazu bei und zweitens besteht die Gefahr in dem möglichen Verlust eines bestimmten Guthabens. Als Entgelt für diese Gefahr erhält er eine höhere Verzinsung. Eine solche Abrede ist auch mit dem Charakter des Darlehens vereinbar. Wenn der Dritte, bei dem der Borger

---

[63]) Nur übermäßige wirtschaftliche Bindung genügt. Vgl. Bl.Z.R. 21, Nr. 168. B.E. 40 II 238 ff., 244; 39 II 545 ff. Z.b.J.V. 55/173: «Die Tatsache, daß einzelne Bestimmungen dem einen Kontrahenten nur Vorteil und dem Gegenkontrahenten nur Nachteil bringen können, genügt nicht.» Vgl. weiter B.E. 47 II 86 ff., 48 II 270; R.G. 97/254 ff. In der Regel wird nicht verlangt, daß die Handelnden sich des Sittenverstoßes bewußt werden. R.G. 97/254 ff. Vgl. Oser, Art. 20 O.R., Nr. IV 2b γ, von Tuhr II 2, S. 36; Becker, Art. 19 O.R., Nr. 15 ff.

[64]) von Tuhr a. a. O. und die in Anm. 63 genannten Entscheidungen. Vgl. auch Fick, S.J.Z. 10/281 ff., der feste Anhaltspunkte anzugeben versucht, S. 285.

das Geld anlegt, zahlungsunfähig wird, so kann der Darleher den Borger nur soweit belangen, als letzterer von seinem Kontrahenten bezahlt wird; das ist der Sinn der Abmachung. Damit gibt zwar der Darleher dem Dritten tatsächlich selbst das Geld, nur daß der Borger einen Zwischengewinn hat, sodaß seine Tätigkeit die eines Vermittlers ist. Vermittlung ist aber eigentlich die wirtschaftliche Aufgabe der Banken, gleichgültig in welcher rechtlichen Form dies geschieht[65]). Wir können daher aus der wirtschaftlichen Funktion nicht zwingende Schlüsse auf die rechtliche Konstruktion ziehen. Eine Beschränkung der Haftung kann zu jeder Vertragsart hinzutreten, umsomehr als hier, wenn die Bank das Geld nicht bei dem betreffenden Dritten anlegt, oder nur zeitweise anlegt, die Haftungsbeschränkung nicht besteht. Die Grenze, ob ein Auftrag oder Darlehen unter den Parteien besteht, ist schwer zu ziehen, und man kann nur an Hand der vertraglichen Abmachungen und Absichten der Parteien die Art der vertraglichen Bindung feststellen. Wir sind in unsern Ausführungen zur Annahme eines Darlehens gelangt. Die Unterschiede in den Wirkungen sind zum Teil schon weiter oben beleuchtet worden. Der Hauptunterschied liegt in der Behandlung im Konkurs der Schweizer Bank. Das Guthaben fällt bei Annahme eines Auftrags nicht in die Masse, sondern der Klient tritt von Gesetzes wegen nach Art. 401 O.R. in die Rechte der Bank ein und kann sie selbständig geltend machen.

Wenn wir auch ein Darlehen annehmen, so haftet die Schweizer Bank gleichwohl für sorgfältige Auswahl des Dritten, denn das ist ein Korrelat der Rechte, die sie aus dem Vertrag mit dem Kunden erhält, und des Risikos, das sie ihm aufbindet. Der Fall liegt gleich wie beim Depot, wo das Guthaben auf Rechnung und Gefahr des Bankkunden angelegt worden ist. Vgl. B., lit. b dieses Paragraphen.

Die terminierte Anlage hört eo ipso mit Ablauf des Termins auf, wenn die Schweizer Bank nicht eine Verlängerung bewirkt. Der Klient ist daher berechtigt, nachher ohne weiteres über das Guthaben zu verfügen. Läßt er es stehen, so wandelt sich die Schuld aus Darlehen in eine solche aus irregulärem Depot. Die niedrige Verzinsung tritt wieder ein. Aus der

---

[65]) Hartung, Bankarchiv 2/7.

Parteiabsicht geht hervor, daß das alte Verhältnis wieder in Kraft treten soll, daß bei der terminierten Anlage ein befristetes Geschäft vorliegt. Obschon das schweiz. O.R. keine, dem § 163 B.G.B. entsprechende Bestimmung enthält, so ist auch in unserem Recht eine Befristung möglich[66]), und sie muß zum Teil die gleichen Wirkungen haben, wie die Bedingung. Zum Unterschied zur Bedingung ist der Eintritt sicher, wodurch bei der suspensiven Befristung der Schwebezustand unmöglich ist. Bei der auflösenden Befristung, Endtermin, fällt mit Eintritt des Termins das Rechtsverhältnis dahin. Es findet keine Rückwirkung statt[67]), es besteht wieder das alte Verhältnis mit allen seinen Wirkungen und vertraglichen Abmachungen[68]). Die Fristbestimmung ist in den oben genannten Fällen im Zweifel doppelter Natur, erstens begründet sie die Fälligkeit des Darlehens und zweitens ist sie eine Terminbestimmung, eine Befristung im Sinn obiger Erörterungen.

c) Stellung des Klienten. Durch die Behandlung der Rechte und Pflichten der Bank wurden damit auch ohne weiteres diejenigen des Klienten behandelt.

Der Klient hat Anspruch bei der unterminierten Anlage auf jederzeitige Auszahlung, beschränkt durch die vertraglichen Abmachungen. Er hat ferner das Recht auf richtige Verzinsung. Es besteht nur ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Schweizer Bank, außer man nehme ein Auftragsverhältnis als gegeben an. Gerät die Schweizer Bank in Konkurs, so fällt das Guthaben ohne weiteres in die Masse, er hat nur eine Konkursforderung; anders bei einem Auftragsverhältnis. Da der Klient die Gefahr der Insolvenz des Dritten trägt, so hat er das Recht, von der Schweizer Bank anderweitige Anlage zu verlangen. Die Bank haftet ihm für die richtige Anlage; sie hat oder soll doch die nötigen Kenntnisse haben, der Klient muß sich darauf verlassen können. Das Prinzip des Art. 100 O.R. ist hier ebenfalls anwendbar, indem die Bank die Haftung aus der Anlage nicht ablehnen darf, wenn ihr eine schwere Nachlässigkeit vorgeworfen und nachgewiesen wird. Man darf

---

66)) Oser, Vorbem. zu Art. 151 ff. O.R., Nr. 7a; Becker, Vorbem. zu Art. 114/46 O.R., Nr. 5. Fick, Vorbem. zu Art. 151 O.R., Nr. 15—17.

67) Becker a. a. O.; von Tuhr II 2, § 83, insbesondere Seite 331.

68) Die Novation ist also wieder dahin gefallen und das alte Verhältnis tritt wieder in Kraft. Gl. M. Becker, Art. 116 O.R., Nr. 16.

u. E. sogar soweit gehen und sagen, wenn die Bank das Risiko aus einem Geschäft, das sie mit einem Dritten abschließt, auf ihren Klienten abwälzt, so ist sie beim Eingehen der Verbindlichkeit zu aller Sorgfalt verpflichtet und die Abmachung greift im Fall der Verletzung dieser Sorgfalt nicht Platz.

d) Kompensationsmöglichkeit. Wie wir zu Anfang dieses Paragraphen gesehen haben, wird das Konto regelmäßig duch Ausführung eines Kaufauftrags seitens der Schweizer Bank errichtet. Im allgemeinen muß der Klient sofort den Betrag einzahlen oder doch eine Anzahlung machen. Solange der Klient seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, bleibt die Bank, die die Forderung in eigenem Namen erworben hat, Forderungsinhaberin. Die Schweizer Bank braucht daher prinzipiell keine Auszahlungsaufträge auszuführen, als bis der Klient seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. Oft geschieht dies aber gleichwohl und der gestundete Kaufpreis wird als Vorschuß auf das Guthaben angesehen. Die Banken lassen sich das Guthaben als Sicherheit bestellen mit dem Recht, es bei fallendem Kurs zu realisieren, um sich zu decken und zwar durch freihändigen Verkauf. Eine solche Abrede ist nach Theorie und Praxis zulässig[69]). Hat die Bank aus einem andern Verhältnis eine Forderung gegenüber dem Klienten, so kann sie diese nicht mit dem Guthaben verrechnen und zwar aus zwei Gründen: Wird das Guthaben als depositum angesehen, was der Fall sein wird bei nicht fester, terminierter Anlage, so ist eine Kompensation unmöglich. Art. 125, Ziff. 1, O.R. Obschon das Gesetz von hinterlegten Sachen spricht, das eigentliche Depositum im Auge hat, so gilt diese Bestimmung auch für das depositum irregulare, da hier ebenfalls Geld hinterlegt wurde, wenn auch vielleicht nicht durch realiter vorgenommene Hingabe[70]). Liegt aber ein Darlehen

---

[69]) Wieland, Art. 891 Z.G.B., Nr. 1; Jaeger, Art. 38 B. u. K., Nr. 8 und 151, B. u. K. Nr. 2; Blumenstein 142 Nr. 23, 512 Nr. 13; Hafner, Art. 223 a. O.R., Nr. 1 IV; B.E. 24 II 57; Revue der Gerichtspraxis 16, Nr. 84.

[70]) Becker, Art. 125 O.R., Nr. 2; Oser eben dort Nr. II 1a; Rossel, Nr. 151, Ziff. 1, S. 202; Oser, Art. 475 O.R., Nr. 3a; Fick, Art. 475 O.R. Nr. 16 und Art. 473 O.R., Nr. 15; Haberstich II 112. A. M. für das deutsche Recht, Oertmann, § 700 B.G.B., Nr. 3a, § 695 B.G.B., Nr. 2a, da das B.G.B in seinen §§ 387 ff. keine Bestimmung hat, die der des Art. 125, Ziff. 1, O.R. gleichkommt. Gleich wie im schweizerischen Recht Art. 1293, Ziff. 2, c.c.fr., und Baudry Lacantinerie II 782.

vor, z. B. durch Novation entstanden, so ist die Kompensationsmöglichkeit grundsätzlich gegeben. Hier fehlt aber die Gleichartigkeit der gegenseitigen Ansprüche, Art. 120 O.R. Obschon der Schuldner in anderer Währung schuldet, so kann er kompensieren, wenn er von Art. 84, al. 2, O.R. Gebrauch machen kann, d. h. wenn er seine Schuld auch in Landesmünze bezahlen darf[71]). In unseren Fällen ist dies aber ausgeschlossen, da der Klient Anspruch auf die betreffende Währung hat und zwar «effektiv», Art. 84 O.R., so daß die Gleichartigkeit fehlt.

Haben die Banken ausländische Guthaben belehnt, so wird in den schriftlichen Bedingungen das Guthaben als Pfand erklärt. Die Bank hat dann an einer gegen sie selber bestehenden Forderung ein Pfandrecht. Ist nicht gerade dieses fremde Guthaben belehnt worden, sondern hat der Klient sonst einen Kredit und steht in Kontokorrentverkehr mit der Bank, so wird entweder ausdrücklich die Haftung des Guthabens in fremder Währung vereinbart, oder diese geht aus den allgemeinen Kontokorrentbedingungen hervor[72]). Sehr oft wird noch das Recht auf freihändigen Verkauf der verhafteten Werte der Bank eingeräumt. Bei den Guthaben in fremder Währung spielt dieses Recht eine große Rolle, da die Kurse sehr starken und raschen Schwankungen unterworfen sind, wobei es dann vorkommen kann, daß die Bank gerade im ungünstigsten Moment verkauft. Es wird aber sehr schwer halten, der Bank ein Verschulden nachzuweisen und sie daraus haftbar zu machen, da es tatsächlich selten möglich ist, eine Kursentwicklung sicher vorauszusagen, und der Klient oft an einer raschen Liquidation des Postens großes Interesse hat. Dem Klienten kann dadurch großer Schaden entstehen, aber die Banken müssen im allgemeinen im Interesse einer soliden Geschäftsfüh-

---

[71]) Gl. M. Becker, Art. 120 O.R., Nr. 10.

[72]) So bestimmt eine Bank: Soweit nicht ausdrücklich das Gegenteil vereinbart ist, haften uns als Faustpfand alle Wertschriften und sonstigen Gegenstände, die für Rechnung unserer Kunden bei uns verwahrt sind, ebenso alle Guthaben in schweizerischer oder fremder Währung, die bei uns selbst bestehen, oder die wir für deren Rechnung bei Dritten bestimmt haben». Zu beachten ist die Klausel «für Rechnung unserer Kunden», also wenn ein Dritter auf seinen Namen, aber auf Rechnung eines Bankkunden etwas bei der Bank verwahrt, so beansprucht diese die Sachen als Faustpfand; eine sehr weitgehende Bestimmung.

rung bei unsichern Posten die Verwertungsverkäufe sofort durchführen.

e) Stellung der ausländischen Bank. Die ausländische Bank steht nach unserer Ansicht nur in einem Rechtsverhältnis zu der Schweizer Bank. Die Schweizer Bank hat bei ihr ein oder mehrere Konti, die sich zusammensetzen zum Teil aus angelegten Klientenguthaben, wo diese das Risiko tragen, und zum Teil aus Geldern, bei denen die Schweizer Bank das Risiko trägt. Nur die beiden Banken stehen in Verkehr miteinander, nur die Schweizer Bank ist verfügungsberechtigt. Das rechtliche Verhältnis kann sehr verschiedener Natur sein, Darlehen, depositum irregulare werden die häufigsten Formen sein.

Welches Recht ist auf das Verhältnis anwendbar? Da die nationalen Gesetzgebungen sehr selten für obligationenrechtliche Verhältnisse Konfliktsnormen aufstellen[73]), so ist man gezwungen, auf die Rechtswissenschaft und die Gerichtspraxis zurückzugreifen. Es muß daher die örtliche Beziehung eines Rechtsverhältnisses gesucht, d. h. untersucht werden, zur Gesetzgebung welchen Ortes ein Rechtsverhältnis Beziehungen hat, und wo mehrere vorhanden sind, welches die vorherrschende und stärkste ist. Bei den Forderungsrechten ist es oft schwierig, überzeugende Beziehungen festzustellen, und so bildete die Wissenschaft eine Reihe von Gesichtspunkten aus, die maßgebend sein sollen; die einen verweisen auf die lex fori oder lex loci contractus[74]), andere auf die lex loci solutionis, Recht des Erfüllungsortes[75], oder auf die lex domicilii debitoris, Wohnsitz des Schuldners[76]).

Alle diese Regeln sollen nur dann zur Anwendung kommen, wenn nach der ganzen Lage des Verhältnisses nicht ein anderes Recht nach Treu und Glauben und nach richtiger Auf-

---

[73]) Die Schweiz für das O.R. gar keine, Deutschland in Art. 11 E.G. zum B.G.B. nur für die Form, eingehender Oesterreich §§ 35—37 a. B.G.B. Vgl. Walker 65 ff. und 351 ff.

[74]) Oesterreich §§ 36 und 37 a. B.G.B.; nach der herrschenden Lehre in Frankreich, England und U.S.A. vgl. bei Walker 324.

[75]) Das ist die Ansicht des B.G. und des Reichsgerichts. B.E. 40 II 206, 39 II 166, 37 II 346 etc. R.G. 96/272 Seuf. A. 37, Nr. 3.

[76]) Für dieses Recht im Zweifel auch Walker 350, § 5, al. 1.

fassung maßgebend sein muß, und wenn die Parteien nicht zum vornherein das anwendbare Recht bestimmt haben[77]).

Wenn wir dies auf unsere Verhältnisse anwenden, so müssen wir, von Parteiabreden und einzelnen besondern Fällen abgesehen, im allgemeinen zu folgendem Schluß kommen: Da es sich in der Regel um Abschluß unter Abwesenden handelt, so frägt es sich, wann und wo der Vertrag zustande gekommen ist. Solange noch kein Vertragsverhältnis unter den Parteien besteht, so ist für jede das für sie im allgemeinen geltende Recht maßgebend[78]). Ob eine Partei gebunden ist, muß nach ihrem eigenen Recht beurteilt werden[79]). Mit der beidseitigen übereinstimmenden Willenserklärung ist der Vertrag geschlossen; der Zeitpunkt ist aber je nach der anzuwendenden Theorie, Vernehmungs-, Aeußerungs-, Empfangs-, Uebermittlungstheorie, verschieden. Im allgemeinen herrscht unter den Banken selten Streit, ob ein Vertrag geschlossen sei oder nicht. Walker ist im Zweifel Anhänger der Empfangstheorie; der Vertrag ist da und zu der Zeit abgeschlossen, wo der Antragsteller die Annahmeerklärung empfangen hat[80]). Ob dabei eine Rückwirkung von Gesetzes wegen stattfindet, hängt von dem das Rechtsverhältnis beherrschenden Recht ab, denn das gehört schon zu den Vertragswirkungen. Der Zeitpunkt des Beginns der Vertragswirkungen ist von Bedeutung für die Gefahrtragung, Art. 185 O.R., für den Eigentumsübergang[81]).

Was das Rechtsverhältnis anbelangt, so ist in erster Linie die Parteiabrede maßgebend[82]) und liegt keine vor, das Recht, das die Parteien vernünftigerweise zur Anwendung bringen wollten und mußten[83]). Als mutmaßlicher Parteiwille wird, sofern nicht überwiegende Gründe dagegen sprechen, das Recht des Erfüllungsortes angesehen[84]).

Bei den Konti in fremder Währung, die die Schweizer Bank im betreffenden Währungslande angelegt hat, wird regelmäßig

---

77) Walker 323.

78) Meili II. 47.

79) Meili II. 47/48, für die Form gl. M. Walker 195.

80) Walker 357.

81) Art. 1583 c. c. fr.

82) Vgl. Walker 344 ff. inwieweit die Parteien sich einem bestimmten Recht unterwerfen können.

83) B.E. 47 II 549 ff. und 553, 44 II 417.

84) Vgl. Anm. 83.

auf das Verhältnis zwischen den beiden Banken das ausländische Recht anwendbar sein. Damit die Schweizer Bank das Guthaben zinsbringend anlegen kann, ist sie gezwungen, es in dem betreffenden Lande anzulegen; das ganze Verhältnis basiert auf dem Bestehen dieser Währung im Anlagestaat. Die ausländische Bank ist verpflichtet, in ihrem Lande auszubezahlen, sie erfüllt dort und tritt in gar keine Beziehungen zum Wirtschaftsleben in der Schweiz. Das ausländische Recht entspricht daher u. E. am besten dem Wesen des Verhältnisses. Alle Bedingungen des Geschäfts werden der wirtschaftlichen Lage, den Uebungen des Währungslandes angepaßt[85]). Außerdem muß sich die Schweizer Bank den Geschäftsbedingungen der ausländischen Banken in gewissem Umfang unterwerfen und somit auch im Zweifel dem dort geltenden Recht[86]). Nach den meisten subsidiären Regeln wäre ebenfalls das ausländische Recht anwendbar, es ist die lex loci solutionis, es ist aber auch die lex domicilii debitoris, denn die Hauptpflicht ist doch die Auszahlung des Guthabens. Regelmäßig wird es auch die lex fori sein, wenn nicht aus einem andern Verhältnis geklagt wird, wonach die ausländische Bank Klägerin ist.

Durch die Art des bestehenden Rechtsverhältnisses kann auch ein anderes Recht begründet werden. Sowohl bei der Annahme eines depositum irregulare als auch bei einem Darlehen wird im allgemeinen das ausländische Recht anwendbar sein, das Recht des Schuldners[87]).

Ob eine Kompensation auch bei Depotvertrag möglich ist, hängt dann ebenfalls vom ausländischen Recht ab[88]).

f) Kauf und Verkauf von Guthaben in fremder Währung dienen sehr oft Spekulationszwecken. Sei es, daß auf Termin gekauft oder verkauft wird, oder die Spekulation vermittelst Kassageschäften erfolgt. Daß die Art und der Zweck der Käufe und Verkäufe auf die rechtliche Ausführung der Geschäfte einigen Einfluß hat und haben muß, ist zweifellos. Denn dem

---

[85]) Man denke nur an die Verzinsung.

[86]) B.E. 44 II Nr. 89, S. 492.

[87]) Meili II 55 und 289; B.E. 31 I, Nr. 31, S. 170.

[88]) Walker 437 ff; Meili II 35/36. Nach deutschem Recht ist dies möglich. Oertmann § 700 B.G.B., Nr. 3a.

Käufer oder Verkäufer, der auf die Kursschwankungen spekuliert, und der einen bestimmten Kurs festhalten muß, kann es nicht gleich sein, ob sein Gegenkontrahent zur Zeit liefert oder nicht, da innert wenigen Stunden der Kurs große Schwankungen erlitten haben kann und die Situation ganz anders liegt.

Wir werden die rechtlichen Konsequenzen, die aus diesen wirtschaftlichen Momenten resultieren, in anderem Zusammenhang noch behandeln.

Zweiter Unterabschnitt.

Wie wir im ersten Unterabschnitt Devisengeschäfte betrachtet haben, die hauptsächlich zwischen Banken und Privaten getätigt werden oder doch ein solches Verhältnis als Grundlage haben, so werden wir im zweiten Teil einige Devisengeschäfte behandeln, die regelmäßig zwischen Banken untereinander, zwischen Kaufleuten, die berufsmäßig solche Geschäfte abschließen, vorkommen. Da die Devisen, im weitesten Sinne nicht nur Wechsel und Checks, wie Waren, Effekten behandelt werden, so können natürlich alle Börsenoperationen ausgeführt werden, sei es an der Börse selber, wo wir eine Devisenbörse haben, sei es außerbörslich.

Eine eingehende Behandlung aller möglichen Transaktionen würde den Raum dieser Arbeit überschreiten. Wir werden kurz Charakter und Bedeutung einzelner Geschäfte darstellen und einige rechtliche Fragen dabei behandeln.

Als erstes Geschäft betrachten wir die Devisenarbitrage, da ihr wirtschaftliches Merkmal sowohl der Zinsfußarbitrage als auch den Pensionen zu Grunde liegt.

§ 5. Die Devisenarbitrage und das Metaverhältnis.

I. Die Devisenarbitrage.

1. Wirtschaftliches und Technisches.

Arbitrage ist — wie schon erwähnt — diejenige Tätigkeit, die aus den Preisunterschieden zwischen den gleichzeitigen Kursen eines und des gleichen Wertobjektes, Effekten, Devisen an den verschiedenen Plätzen einen Gewinn zu ziehen

sucht[1]). Bei der eigentlichen Arbitrage handelt es sich um die Ausnützung der Differenzen zwischen gleichzeitigen Kursen[2]). Philippovich und Cosack stellen in ihren Definitionen darauf ab; letzterer nennt die Arbitrage kurz, aber treffend eine «Ortsspekulation»[3]). Das spekulative Element liegt im Umstand, daß der Arbitrageur sich die Tendenzen des Marktes, die Eigenheiten, die besondern Verhältnisse des fremden Ortes zunutze macht. Aber er läuft kein unbekanntes Risiko, denn alle seine Operationen stehen in organischem Zusammenhang und heben einander gegenseitig auf und beruhen auf den ihm bekannten Kursen. Es ist und soll eben kein Geschäft sein, das auf lange Sicht abgeschlossen wird und auf den zukünftigen Kursen beruht. In einem weitern Sinn gebraucht Endemann[4]) das Wort Arbitrage; er nennt Arbitrage auch das Geschäft, wonach man eine Papiergattung verkauft, um eine andere billiger zu kaufen, die aber nach Wert und Erträgnissen der ersten ebenbürtig ist. Im allgemeinen wird die Arbitrage nicht in so weitem Sinn verstanden.

Diese Arbitragegeschäfte sind daher genau zu unterscheiden von den Sicherungs-, Deckungs- oder Arbitragegeschäften der Produktenbörse[5]). Es handelt sich bei letztern Operationen darum, bei terminierten Abschlüssen sich gegen Preisschwankungen des betreffenden Objektes zu schützen, indem man ein gleich terminiertes Gegengeschäft abschließt[6]). Der Streit drehte

---

[1]) Vgl. die Definition, die z. B. geben: Swoboda 1, Salings 224, Haupt 1, Obst 369, Philippovich II, S. 2, Handwörterbuch der Staatswissenschaften I 1220 ff., Say et Chailley I 65, Maier-Rotschild II 2 908.

[2]) Man darf den Ausdruck «gleichzeitige Kurse» nicht wörtlich nehmen, er will soviel heißen, daß die Arbitrage nie eine Zeitspekulation ist.

[3]) Cosack 358.

[4]) Endemann III/18.

[5]) Ehrenberg IV 2/634; Nußbaum 326; Nußbaum D.J.Z. 13/795 ff.

[6]) Eine Großmühle schließt langfristige Lieferungsverträge mit Getreidehändlern ab; um sich gegen den Preisrückgang des Getreides, der natürlich auch den Mehlpreis beeinflußt, zu schützen, verkauft sie zugleich ein gleich großes Quantum auf dieselbe Lieferungszeit. Bei Preissturz deckt sich die Großmühle ein, der Gewinn aus dem Verkauf deckt ganz oder doch zum größten Teil den Verlust aus den Lieferungsverträgen (Käufen). Beim Steigen des Preises gewinnt sie an den Käufen, was den Verlust aus dem Verkaufsgeschäft ungefähr ausgleicht. Vgl. Ehrenberg a. a. O. und die andern dort angeführten Beispiele, und die übrigen in Anm. 5 angegebenen Autoren.

sich in Deutschland hauptsächlich darum, ob diese Deckungsgeschäfte in Getreide- und Müllereiprodukten unter § 68 des Börsengesetzes fallen, d. h. ob sie als verbotene, nicht klagbare Spiel- oder Termingeschäfte gelten sollen.

Die eigentliche Arbitrage kann eingeteilt werden in Edelmetall- und Münzenarbitrage, in Wechsel- bzw. Devisenarbitrage und in Wertpapier- oder Effektenarbitrage.

Bei der Edelmetallarbitrage spielt die Goldarbitrage die Hauptrolle; sie ist aber nur bei Ländern mit Goldwährung von Bedeutung[7]). Sie beruht auf dem Prinzip, daß man uneingeschränkt Gold zur Ausprägung bringen kann, und daß die Notenbank verpflichtet ist, statt in Banknoten in Goldmünzen auszubezahlen. Die Notenbanken haben gewöhnlich zum voraus festgesetzt, zu welchem Kurs sie vollwertige fremde Goldmünzen annehmen. Damit die Gold- und Goldmünzenarbitrage gewinnbringend ist, muß der Kurs des einen Landes soweit unter der Münzparität des andern stehen, daß die Differenz bei Gold- und Goldmünzenausfuhr die Fracht- und Versicherungsspesen, sowie den Zinsverlust übersteigt. Denjenigen Kurs, bei welchem ein Gold- oder Goldmünzenversand oder -Bezug weder Gewinn noch Verlust abwirft, nennt man den Goldpunkt[8]). Es gibt einen obern und untern Goldpunkt, einen für die Ausfuhr und einen für die Einfuhr. Die Goldarbitrage dient daher hauptsächlich zur Erfüllung von Zahlungsverbindlichkeiten im Ausland, zur Beschaffung von Guthaben und hatte vor dem Krieg eine große Bedeutung für die Währungspolitik der Zentralnotenbanken.

Die Effektenarbitrage zieht Gewinn aus den Kursdifferenzen des gleichen Papiers an den verschiedenen Börsen, in- und ausländischen, indem man es am Platz mit niedrigem Kurs einkauft und am andern verkauft. Die Effektenarbitrage ist regelmäßig Selbstzweck und wird eigens dieses Differenzgewinnes wegen ausgeführt.

Die Devisenarbitrage findet ihren Gewinn in dem Unterschied der Kursnotierungen der Devisen in den verschiedenen Ländern. Wir befassen uns nur noch mit der Devisenarbitrage, werden aber auch hier Fragen berühren, die für die andern Arbitragearten ebenfalls gelten.

---

[7]) Swoboda 2.

[8]) Vgl. in dieser Hinsicht Swoboda 7.

Jeder Arbitrage wohnt eine wirtschaftliche Bedeutung inne, gleicht sie doch die auf den verschiedenen Märkten bestehenden Preis-, Kursunterschiede aus, indem sie auf der einen Seite das Angebot vermehrt und auf der andern die Nachfrage verstärkt, sodaß sich notwendigerweise die Kurse auf den verschiedenen Plätzen einander nähern. Es kann sogar vorkommen, daß sich infolge der Arbitrage die Stellung der beiden Plätze ändert; hier setzt dann die Arbitrage in entgegengesetzter Richtung ein.

Während des Krieges war die Arbitrage zwischen den kriegführenden Mächten unmöglich, angesichts der strengen Strafvorschriften gegen den Handel und Verkehr mit dem Feinde, es fehlten auch die offiziellen Kursnotierungen der Devisen der feindlichen Plätze. Ebenfalls für die Neutralen war die internationale Arbitrage durch die Maßnahmen der Staaten sozusagen verunmöglicht oder doch eingeengt. Noch nach dem Krieg war die Arbitrage sehr erschwert, sodaß Arbitragegelegenheiten gar nicht oder beinahe nicht ausgenützt werden konnten[9]).

Nach ihrem Zweck können wir zwei Arten der Devisenarbitrage unterscheiden: die Ausgleichs- und die Differenzarbitrage. Erstere sucht eine bestehende Schuld auf die bestmögliche und die billigste Art zu begleichen oder eine Forderung auf dem Weg einzuziehen, auf dem sie den größten Betrag inländischer Währung einbringt. Die Ausgleichsarbitrage ist nie ein selbständiges Geschäft, sondern nur ein Annex, der Schluß eines andern internationalen Geschäftes; z. B. beim

---

[9]) Vgl. Voss. Ztg. 13. IX. 1919: Zu dieser Zeit wurden in Paris die Markkurse doppelt notiert: Auszahlung Berlin und Mainz. Mainz als besetztes Gebiet notierte ziemlich höher als Berlin. Von Paris aus wurden hauptsächlich die Geschäfte mit Mainz getätigt. Anfangs September 1919 notierte in Paris Auszahlung Mainz ungefähr 390,0155 für 1000 Mark, d. h. 1000 fr. Fr. = 2564 Mark; in London galt zu dieser Zeit ein £ = 34 fr. Fr. = 75 Mark, was einer Parität von 1000 fr. Fr. = 2205,88 = rund 2206 Mark entspricht. Ausnützung dieser Differenz: In London werden gegen £ fr. Fr. gekauft und mit den fr. Fr. in Paris wiederum Mark, Auszahlung Mainz, wobei man bei einem Umsatz von 1000 fr. Fr. einen Gewinn von 358 Mark (1919) machen kann, abzüglich Spesen, Courtage etc. Das gleiche Geschäft konnte über Madrid, das die Mark noch höher wertete als London, ausgeführt werden: 100 Pes. = 310 Mark = 153 fr. Fr.; 1000 fr. Fr. = 2026 Mark, während man in Paris für 1000 fr. Fr. 2564 Mark erhielt. Genf notierte die Mark damals noch ungünstiger als Paris: 130 fr. Fr. = 100 Schw. Fr. und 28,75 Schw. Fr. = 100 Mark; Parität: 1000 fr. Fr. in Genf = 2675,5 Mark.

Export und Import von Waren[10]). Die Differenzarbitrage sucht aus den Kursdifferenzen Gewinn zu ziehen, aber als selbständiges Geschäft, sie dient nicht zur Ausführung einer andern Operation. Weiterhin kann zwischen direkter und indirekter Arbitrage unterschieden werden, je nachdem zwei oder drei Märkte beansprucht werden. Kauft z. B. der Arbitrageur in Zürich und verkauft in London und ist damit seine Arbitrage beendet, so haben wir direkte Arbitrage; kauft er aber in Zürich fr. Fr., kauft in Paris damit £ und verkauft diese gegen Schweizer Franken in London, so liegt eine indirekte Arbitrage vor.

Alle diese Unterschiede sind rein technischer Natur und beeinflussen die rechtliche Gestaltung nicht direkt.

Die Devisenarbitrage, wir betrachten sie nur noch als Differenzarbitrage, kann sich der Wechsel, Checks und Auszahlungen bedienen. Immer handelt es sich aber um runde Beträge von Forderungen in fremden Währungen, die am vereinbarten Lieferungstag geliefert werden müssen.

Infolge des Krieges und der erlassenen Moratorien verschwanden zum Teil die internationalen Wechsel und die Arbitrage betätigte sich nur noch durch Kassazahlungen[11]).

Der Arbitrageur muß, da sich der ganze Verkehr telephonisch, telegraphisch mit fremden Bank- und Börsenplätzen abspielt, alle Usanzen dieser Plätze, die Courtage- und Stempelbedingungen kennen, um die Arbitrage erfolgreich ausführen zu können. So einfach die Arbitrage theoretisch erscheint, so schwierig ist ihre praktische Ausführung.

2. Rechtliches.

1. Die Geschäfte, durch die die Arbitrage ausgeführt wird, sind Kauf, Verkauf von Wechseln, Checks und von Forderungen in eigener und fremder Währung. Neben den Kaufsregeln kommen noch die Auftragsregeln zur Anwendung, wenn die Bank nicht direkt kaufen oder verkaufen kann.

---

[10]) Vgl. die verschiedenen Arten der Begleichung bei Obst 370, Maier-Rotschild II 2 910. Bei Rimessen, Tratten, muß zur Berechnung auf die verschiedenen Verfallzeiten geachtet werden, da sie den Kurs verändern. Ebenso auf die drei Respekttage für England. Siehe darüber Swoboda, Maier-Rotschild a. a. O. 908 ff.

[11]) Riggenbach 5.

Schwierigkeiten bietet uns hauptsächlich die Frage des anwendbaren Rechts und die in Betracht kommenden Usanzen.

Wenn zwei Banken miteinander in Verbindung stehen, so existieren zwei Konti, das Konto «vostro» (loro) und das Konto «nostro». Zum Beispiel eine Schweizer Bank steht im Verkehr mit einer französischen Bank; die Rechnung, die die französische Bank in Schweizer Währung hat, ist das Konto vostro in der Buchhaltung der Schweizer Bank und das Konto nostro in der Buchhaltung der französischen Bank, und das Konto der Schweizer Bank in französischer Währung bei der französischen Bank ist für letztere das Konto vostro, für erstere das Konto nostro. Den Abschluß erstellt die das Konto vostro führende Bank, sie schickt der andern den Auszug zu.

Der Schweizer Arbitrageur kauft in Mailand von seinem Korrespondenten gegen Schweizer Franken Lire; diese werden ihm dort in seinem Konto gutgeschrieben, Konto vostro. Nach welchem Recht beurteilt sich das Rechtsverhältnis, welche Usanzen sind anwendbar? Nach bundesgerichtlicher Praxis wäre das Recht des Erfüllungsortes maßgebend[12]), während die italienische Gesetzgebung[12]) auf die lex loci contractus abstellt. Da die Arbitrage als Bankgeschäft unter dem c. com. it. fällt[14]), so wäre der Vertrag dann und da geschlossen, wo der Offerent Kenntnis von der Annahme erhalten hat[15]). Ging die Offerte von der Schweiz aus, so wäre auch da mit Kenntnis der Annahme der Vertrag geschlossen, auch nach schweizerischem Recht, da das O.R. auf dem Boden der Empfangstheorie steht.

Da vor allem der Parteiwille, auch der stillschweigende und der zu vermutende, und die Natur des Geschäftes entscheidet, so stehen wir nicht an, auf das Verhältnis das italienische Recht und die Mailänder Usanzen anzuwenden. Der Verkäufer hat seine Verpflichtung erfüllt, wenn der Schweizer Arbitrageur über den Lirebetrag verfügen kann. Man muß daher annehmen, daß die wichtigsten Beziehungen des Geschäftes sich in Italien, Mailand befinden, und daß das Verhältnis vom italienischen Recht beherrscht wird. Der Schweizer Arbitrageur kann nicht verlangen, daß die Lire nach andern Usanzen ge-

---

[12]) B.E. 40 II 206 ff. und 36 II 158

[13]) Art. 9, al. 2, c.c.i.

[14]) Art. 3, Ziff. 11, leg. cit.

[15]) Art. 36, al. 1, leg. cit.

liefert werden, als nach den mailändischen, wenn nichts besonderes abgemacht worden ist. Sobald ein Arbitrageur an einem fremden Börsenplatz kauft oder verkauft, so unterwirft er sich nicht nur was Gebühren, Courtage, event. Stempel anbelangt den Uebungen dieses Platzes, sondern auch den auf die Lieferung bezüglichen Usanzen. Gelten aber für ihn diese Usanzen, so muß im Zweifel auch das fremde Recht anwendbar sein, denn Usanzen und Rechtsordnung stehen in organischem Zusammenhang, sie ergänzen einander gegenseitig. Treu und Glauben verlangen es, daß das Recht des Platzes, wo gekauft oder verkauft wird, anwendbar ist. Wie wir gesehen haben, erfolgt die Buchung der Lire seitens der italienischen Bank über Konto vostro; das anwendbare Recht entspricht demnach dem Recht, das die das Konto vostro führende Partei beherrscht.

Dieses Geschäft hat mit dem Kauf seinen Abschluß gefunden, der Weiterverkauf der Lire ist rechtlich wieder eine selbständige Operation, obschon wirtschaftlich Kauf und Verkauf zusammenhängen, eine Einheit bilden.

Verkauft die Schweizer Bank die Lire in Zürich, so wird das Verhältnis zweifelsohne vom Schweizerrecht beherrscht, denn die Tatsache allein, daß Objekt des Vertrages Lire sind, kann nicht die Anwendbarkeit ausländischen Rechtes begründen

Werden in London £ ohne besondere Abmachung gekauft, so kommt aus den oben angegebenen Gründen englisches Recht zur Anwendung. Die Londoner Bank führt das £-Konto, es ist das Konto vostro, sie erstellt die Auszüge. Gleich ist der Fall zu behandeln, wo z. B. in London französische Franken gegen £ gekauft werden. Die Schweizer Bank wird durch die Londoner Bank über deren Konto vostro (£-Konto) belastet; hier ist ebenfalls das englische Recht anwendbar.

Wir können daher behaupten, daß bei Fehlen einer besondern Abrede, es in der Regel der Parteiabsicht und dem Wesen des Verhältnisses entspricht, daß das Recht derjenigen Partei gilt, die das Konto vostro führt.

Dies entspricht eigentlich auch der Praxis des B.G.[16]). Es handelt sich dort um einen Kontokorrentvertrag eines Privaten mit einer ausländischen Bank: «Die Bank ist es, die die

[16]) Pra. 8 Nr. 3, Pag. 3 ff. = B.E. 44 II 492 ff.

laufende Rechnung führt und zwar tut sie dies nach den Regeln des an ihrem Geschäftssitz geltenden Rechts, ergänzt durch banktechnische Gepflogenheiten. Dadurch, daß der Beklagte sich mit der Klägerin in Bankverbindung setzte und durch sie den Kontokorrent führen ließ, hat er sich stillschweigend den von ihr für diesen Betrieb aufgestellten Geschäftsregeln und der an ihrem Sitz subsidiär geltenden Gesetzgebung unterworfen.»

Trotz dieser Feststellung ist nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte selber auch Buchhaltung führte. Aber maßgebend ist, wer den Abschluß macht, den Auszug einsendet. Genau das gleiche haben wir auch unter den Banken, es kommt daher darauf an, über welches Konto das Geschäft geleitet wird und wer dieses Konto «führt» und abschließt.

2. Schwieriger ist aber der Fall, wo aus dem Geschäft selber nicht hervorgeht, wer das Konto zu führen hat, ob die Buchung über vostro oder nostro erfolgt. Dies liegt dann vor, wenn die gehandelten Devisen nicht der Währung einer der beiden Parteien entsprechen. Eine Schweizer Bank handelt mit einer Pariser Bank Dollars Cable New York gegen £. Auf keinen Fall ist amerikanisches Recht anwendbar, denn die Dollars sind hier Objekt und beeinflussen das Rechtsverhältnis der Parteien nicht. Wir müssen daher untersuchen, wo und zu welchem Recht das Geschäft seine überwiegenden Beziehungen hat.

Der Schweizer Arbitrageur kauft[17]) in Paris die Dollars, dort wird das Geschäft ausgeführt und erfüllt, wenn nichts anderes abgemacht wurde und die Usanz nicht anders lautete. Die Pariser Bank ist ihrer Verpflichtung nachgekommen, wenn sie ihrem Gegenkontrahenten die Dollars zur Verfügung gestellt hat, obschon diese bei einer amerikanischen Bank zur Vergütung gelangen. Die Pariser Bank hat erfüllt, wenn sie ihren amerikanischen Korrespondenten angewiesen hat, bei Cable telegraphisch, den Betrag zur Verfügung der Schweizer Bank zu halten, oder ihn beauftragt, die Summe auf das Konto der Schweizer Bank bei einer andern amerikanischen Bank zu übertragen. Die Erfüllung ist natürlich erst vollständig, wenn

[17]) U. U. könnte man von Tausch sprechen; dies ist aber nicht die Absicht der Parteien. Die £ werden als Preis für die Dollars betrachtet und nicht als Ware, die gegen die Dollars ausgetauscht werden.

der amerikanische Korrespondent den Auftrag wirklich ausgeführt hat. Da es sich hier um den Kauf einer Forderung handelt, diese ihren Sitz am Wohnsitz des Gläubigers hat[18]), und es sich nicht um die Uebergabe einer Sache handelt, so brauchen wir nicht zu untersuchen, ob New York Erfüllungs- oder Bestimmungsort ist, überhaupt welche Bedeutung ihm zukommt[19]). Wir können daher ruhig sagen, Erfüllungsort ist Paris, der Wohnsitz des Verkäufers der Forderung. In Paris muß er die Erfüllungshandlungen vornehmen. Art 74, Ziff. 3 O.R. Der Schweizer Bank ist es im allgemeinen gleich, bei welcher Bank die Devise liegt, Hauptsache ist, daß sie vermittelst der Handlungen der Verkäuferin die Verfügungsmacht über den Betrag fremder Devisen erhält. Die Pariser Bank wird mit der Avisierung von der amerikanischen Bank belastet und die Schweizer Bank kann darüber verfügen, es wird ihr durch Novation eine Forderung begründet.

Im Zweifel wird in unserm Beispiel nach Pariser Usanz gehandelt. Es ist Uebung im Handelsverkehr und entspricht Treu und Glauben, daß der Verkäufer beim Fehlen einer besondern Abrede nach den Usanzen seines Ortes liefert[20]). Der Käufer kann ihm auch nichts anderes zumuten; will er an einem bestimmten Börsen-Marktplatz Geschäfte abschließen, so muß er sich auch den an diesem Ort geltenden Usanzen unterwerfen, kennt er sie nicht, so hat er den Schaden zu tragen[21]). Damit unterwirft er sich aber im Zweifel auch diesem Recht, denn Grundlage der Usanzen ist das am Ort geltende Recht. Die Usanz will die Lücken ausfüllen und Bestimmungen, die für den Handelsverkehr vielleicht hemmend sind, durch zweckdienlichere ersetzen[22]). Das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer wird daher von dem Recht beherrscht, zu dem das Verhältnis die überwiegendsten Beziehungen hat, und das ist in Fällen wie der vorliegende im Zweifel das Recht, das am

---

18) Blumenstein 553, Anm. 9. B.E. 47 III 8. Vgl. unten § 8 III, S. 154 f., Verkauf erfolgt nicht durch Zession.

19) Vgl. in dieser Hinsicht Becker, Art. 74 O.R., Nr. 2; Oser, Art. 74 O.R., Nr. III; Meier, § 2, S. 3 ff., besonders 5, 14: «Das O.R. versteht unter Erfüllungsort den Ort, wo die Erfüllungshandlung vorgenommen werden muß.» A. M. Riggenbach 12: Erfüllungsort wäre New York.

20) Gl. M. Riggenbach 19.

21) Gl. M. R.G. 95/124, 97/218.

22) Walker 340.

Wohnsitz, der Niederlassung des Verkäufers gilt. Das will aber nicht heißen, daß ein Rechtsverhältnis in jeder Beziehung dem gleichen Recht unterworfen ist. Besonders nach der Ansicht des Bundesgerichts, das auf das Recht des Erfüllungsortes abstellt, kommt man oft dazu, verschiedene Rechte anzuwenden, je nach der Partei, deren Erfüllung im Streit liegt, da für die verschiedenen Leistungen auch verschiedene Erfüllungsorte möglich sind.

Zu unterscheiden ist das Verhältnis des Käufers zum Dritten, in casu der Schweizer zur amerikanischen Bank. Dieses unterliegt in jeder Hinsicht seinen eigenen Regeln.

3. Es kommt hie und da vor, daß Banken untereinander eine für jede Partei ausländische Devise handeln und dabei die Usanzen angeben, nach denen das Geschäft durchgeführt werden soll. Natürlich können sie nach den Usanzen eines beliebigen Platzes das Geschäft durchführen. Eine Schweizer Bank handelt z. B. mit einer italienischen Cable New York nach englischer, Londoner Usanz[23]). Ist nun das englische Recht anwendbar auf die Punkte, die von der Usanz nicht entschieden werden? Bringen die Parteien im allgemeinen eine bestimmte Usanz als Vertragsbestandteil in ihr Verhältnis, so darf man im Zweifel annehmen, daß sie auch das betreffende Recht als maßgebend erachteten. Denn da die Usanzen, insbesondere Börsen- und Bankusanzen, regelmäßig die wichtigsten Punkte eines Vertrages ordnen, Leistung, Zeit und Ort der Erfüllung, so wollten die Parteien sicherlich für die Punkte, die die Usanz nicht ordnet, das der Handelsübung zu Grunde liegende Recht, in casu das englische Recht anwenden. Dieses wird auch in der Regel deren ganzem Charakter gemäß die Usanzen ergänzen. Usanz und Recht des Börsen-, Usanzortes hängen untrennbar zusammen[24]).

Kann die Devisenarbitrage nicht direkt zwischen den Kontrahenten durchgeführt werden, ist eine Vermittlung nötig, so untersteht das Auftragsverhältnis seinen eigenen rechtlichen Regeln und ist unabhängig vom vermittelten Geschäft. Im all-

---

[23]) Dieses Beispiel wurde Riggenbach 12 entnommen.

[24]) Vgl., was darüber oben S. 103 und 105/06 gesagt worden ist.

gemeinen wird es vom Recht des Wohnsitzes des Beauftragten beherrscht werden[25]). An diesem Ort besteht die Hauptaufgabe, dort liegt der Schwerpunkt des Verhältnisses. Die Tätigkeit des Beauftragten spielt sich dort ab, sodaß das Verhältnis zu diesem Ort seine überwiegenden Beziehungen hat.

4. Charakter der Käufe und Verkäufe der Devisen zu Arbitragezwecken.

Die Arbitrage wird gewöhnlich auf telephonischem oder telegraphischem Weg ausgeführt, d. h. die momentanen Kursunterschiede sollen ausgenützt werden. Wird ein bestimmter Lieferungstag festgesetzt, so ist an diesem Tage zu liefern, denn die gehandelte Devise muß ja sofort weitergegeben, dem eigenen Käufer zur Verfügung gestellt werden. Die Parteien sind daher darauf angewiesen, daß vertragsgemäß geliefert wird. Hält der Verkäufer die Frist nicht ein, so muß der Käufer sich oft eindecken, um den eigenen Verpflichtungen nachkommen zu können.

Da die Arbitrageure Banken, also Kaufleute sind, so sind bei Geschäften mit bestimmten Lieferungsterminen diese vermutungsweise Fixgeschäfte. Das deutsche H.G.B. kennt diese Vermutung nicht, § 376 H.G.B., ebensowenig das französische Recht, da ja nach letzterem eine Partei nicht selber vom Vertrag zurücktreten kann[26]). Die Erfüllung muß am festgesetzten Tag innerhalb der Geschäftszeit erfolgen, dabei kann für die Bestimmung dieser Zeit die Usanz, die Börsenregel, wichtig sein[27]).

Auch wenn kein bestimmter Termin abgemacht worden ist, z. B. bei Kassageschäften, so liegt gleichwohl aus den oben angegebenen Gründen ein Fixgeschäft vor. Die Börsenusanzen bestimmen dann, zu welcher Zeit und an welchem Tag die Erfüllung zu erfolgen hat. Wird zu der usanzmäßigen Zeit das

---

25) Meili II 54, Ziff. 3. Im Ergebnis gleich Staub, Anhang zu § 372 H.G.B, Nr. 8: Auftrag und Vollmacht beurteilen sich nach dem Recht des Ortes, an dem sie zur Wirksamkeit gelangen sollen.

26) Art. 1184 c.c.fr. Arrêt de la Chambre des rèquètes de la cour de cassation. 1. XII. 97.

27) Vgl. z. B. § 6 der Zürcher Usanzen, Zürcher Handbuch 41: Bei Ultimoengagements soll geliefert werden bis spätestens 9½ Uhr vormittags des letzten Börsentages. Vgl. § 5 der Usanzen für den Effektenverkehr an der Basler Börse für die Mediogeschäfte.

Geschäft nicht durchgeführt, so hat der Käufer das Rücktrittsrecht.

Der im Verzug befindliche Teil muß natürlich den Schaden ersetzen, der im allgemeinen in den Kursschwankungen gegeben ist. Der berechtigte Teil hat das Recht, das Verhältnis sofort zu liquidieren, und, wenn der Verkäufer im Verzug ist, einen Deckungskauf vorzunehmen. Eine rasche Liquidation liegt meistens im Interesse beider Parteien. Erleidet zufälligerweise der im Verzug befindliche Teil durch die rasche Liquidation einen größeren Schaden als bei späterer, so hat er dies erstens seinem Verzug zuzuschreiben, und es darf dem Berechtigten nicht zum Verschulden angerechnet werden, denn die Kursschwankungen können nicht vorausgesehen werden.

II. Das Metaverhältnis.

1. Wirtschaftliches.

Die Devisenarbitrage kann nur dann auf die Dauer erfolgreich durchgeführt werden, wenn der Arbitrageur durch seine Korrespondenten in einigermaßen zutreffender Weise von den voraussichtlich bevorstehenden Kursschwankungen benachrichtigt wird. Zu diesem Zwecke schließen zwei Bankhäuser eine vertragliche Bindung ab, wonach sie die Arbitrage gemeinsam ausführen wollen; Gewinn und Verlust sind zu teilen. Eine solche Verbindung wird Meta genannt; ist noch ein dritter Arbitrageur auf einem dritten Platze diesem Verhältnis beigetreten, so haben wir das sog. Trio. Vor Eröffnung der Devisenbörsen, wo solche sind, teilen sich die beiden Arbitrageure die Tendenzen des Marktes telephonisch oder telegraphisch mit und gestützt darauf beginnt die Tätigkeit. Bei einem Metaverhältnis zwischen Zürich und Mailand teilt z. B. A in Mailand dem B in Zürich mit, er glaube, Schweiz falle. B sucht nun in Zürich Auszahlungen oder Check Mailand womöglich zum gestrigen Kurs zu kaufen. A trachtet danach, mit den in Zürich gekauften Lire die Schweizer Franken billiger in Mailand einkaufen zu können. Besteht ein Trio, so gestaltet sich die Ausführung schwieriger, aber das Prinzip ist das gleiche.

Die Arbitrageure müssen darauf achten, daß die Geschäfte am Abend glatt gestellt sind, daß keine Operation unerledigt

ist, da damit ein größeres Risiko verbunden ist. Die Posten sollen möglichst sofort liquidiert werden, damit die Arbitrage nicht in eine Zeitspekulation ausartet.

Eigenartig ist beim Metaverhältnis die Buchführung. Sie beruht auf dem sog. Zweiliniensystem; auf der einen Linie werden die eigenen Buchungen geführt und auf der andern die des Korrespondenten. Auf diese Weise ist es jedem Metisten möglich, den Stand der Arbitragegeschäfte zu übersehen. Aus den Saldi der beiden Linien ergibt sich Gewinn oder Verlust, der dann von den Parteien geteilt wird.

2. Rechtliches.

Wir haben hier nur den Charakter des Metaverhältnisses zu behandeln, da die eigentlichen Geschäfte gewöhnliche Käufe und Verkäufe sind. Wir nehmen zuerst an, die beiden Metisten hätten in der Schweiz ihren Sitz, z. B. Zürich und Genf, sodaß sich das Verhältnis nach schweizerischem Recht beurteilt.

Die Abmachung der Parteien geht dahin, daß sie gemeinsam die Devisenarbitrage durchführen, Gewinn und Verlust teilen wollen. Nach außen treten sie weder unter gemeinsamer Firma auf, noch weiß der Drittkontrahent, daß ein Metaverhältnis besteht. Es kann sich daher nur um eine einfache Gesellschaft, Art. 530 ff O.R., handeln; ihre Voraussetzungen sind im vollen Umfange gegeben. Die beiden verbundenen Banken wollen mit ihren Mitteln einen gemeinsamen Zweck, die Ausnützung der Kursdifferenzen erreichen. Dies geschieht aber nicht unter einer Firma, unter gemeinsamer Bezeichnung. Nach außen treten die Metisten jeder für sich und selbständig auf. Jeder handelt im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Gesellschaft; die Dritten sollen und brauchen keine Kenntnis von dieser Verbindung zu haben. Es ist daher auch nur der Arbitrageur ihnen gegenüber verpflichtet und berechtigt, mit dem sie das Geschäft abgeschlossen haben[28]).

Von Interesse ist für uns weiter die Frage, in wessen Eigentum die gekauften Devisen stehen. Der Metist erwirbt in

---

[28]) Art. 543 O.R.

seinem eigenen Namen die Devisen, die Forderung, sie wird ihm auf seinem Konto gutgeschrieben, nur er hat ein Forderungsrecht gegen die Bank, bei der der Betrag deponiert ist. Das Guthaben wird nicht an die Gesellschaft übertragen, noch ist es für sie erworben worden[29]), dies geht schon aus Art. 543 O.R. hervor, der bestimmt, daß der handelnde Gesellschafter dem Dritten gegenüber berechtigt oder verpflichtet ist. Für die Gesellschaft wäre das Guthaben erworben worden, wenn der Metist im Namen der Gesellschaft als ihr Vertreter gehandelt hätte. Die Devisen stehen also im Alleineigentum des kaufenden Metisten. Verkauft dann der Korrespondent die Devisen, so stellt sie ihm der kaufende Metist zur Verfügung, er «tritt die Forderung an ihn ab»[30]). Der Korrespondent erscheint jetzt als Forderungsberechtigter, als Inhaber des Guthabens und nicht etwa die Gesellschaft; er tritt Dritten gegenüber selbständig auf und verkauft nicht im Namen der Gesellschaft noch als ihr Vertreter. Der Eingang, der Kaufpreis, wird daher auch nur ihm gutgeschrieben, er allein wird berechtigt. Im Konkurs eines der Metisten hat die Gesellschaft daher, auch wenn es sich um Effekten handeln würde, kein Aussonderungsrecht.

Nach dem O.R. ist für eine einfache Gesellschaft kein Vermögen nötig, es genügt, wenn mit gemeinsamen Kräften ein gemeinsamer Zweck erreicht werden will. In casu wollen die Parteien die Kursdifferenzen ausnützen mit gemeinsamen Kräften, d. h. mit ihrer Geschäftstätigkeit, Arbeit; es werden keine Beiträge verlangt. An die Gemeinschaft fällt nur der Effekt dieser Tätigkeit, Gewinn oder Verlust. Jeder der Metisten hat Anspruch darauf, daß der andere den Gewinn mit ihm teilt und den Verlust tragen hilft[31]). Die Resultate der Geschäfte bilden Gewinn oder Verlust der Meta. Die Gesellschaft hat Anspruch auf das Ergebnis der Geschäfte, sei es ein positives oder ein negatives, und das Gesamtergebnis wird dann unter die Metisten verteilt. Es ist nicht unsere Aufgabe, näher auf das Recht der einfachen Gesellschaft einzutreten. Was

---

[29]) Vgl. Art. 543, 544 O.R.

[30]) Es erfolgt zwar keine Zession, sondern es wird durch Novation eine neue Forderung begründet. Vgl. unten § 8 III, S. 154 f.

[31]) Art. 532 und 537 O.R.

die Auflösungsgründe anbelangt, so verweisen wir auf Art. 545/46 O.R. Eine gegenseitige Kontrolle und Uebersicht über den Lauf der Geschäfte ergibt sich aus der eigenartigen Buchhaltung und aus der Natur des Geschäftes; denn in der Regel kann der eine Arbitrageur das Geschäft ohne Hilfe seines Partners nicht vollenden. Zum Zweck der bessern Durchführung der Arbitrage wurde die Verbindung eingegangen, sodaß ein Verstoß gegen Art. 536 O.R. selten vorkommen wird.

Die Annahme einer einfachen Gesellschaft entspricht auch am besten den etwa in Betracht kommenden ausländischen Gesetzgebungen. Eine solche Vereinbarung muß nach deutschem Recht unter den Begriff der Gesellschaft des B.G.B. 705 ff. fallen[32]). Die Regelung der Gesellschaft entspricht ganz derjenigen des O.R. für die einfache Gesellschaft. In beiden Gesetzen ist der Vertrag formlos.

Nach französischem Rechte würde das Metaverhältnis unter contrat de société fallen, Art. 1832 ff. c.c.fr., insbesondere unter die Société particulière, Art. 1841/42 c.c.fr. Der Vertrag muß schriftlich abgefaßt werden, da es sich um mehr als 150 Fr. handeln wird. Art. 1834 c.c.fr. Entsprechend ist die Ordnung im italienischen Recht, Art. 1697 ff. c.c.i., insbesondere Art. 1705/6: Della società particolare.

Welches Recht im einzelnen Fall dann zur Anwendung kommt, ist Frage des speziellen Metaverhältnisses. Bei allen diesen Verbindungen kommt der vertraglichen Abmachung die größte Bedeutung zu und die gesetzliche Regelung fällt nur in Betracht, um die allfälligen vertraglichen Lücken auszufüllen. Hauptsache bei diesem Verhältnis ist der Zusammenschluß zweier Banken zur Durchführung der Devisenarbitrage, wobei Gewinn und Verlust geteilt werden. Im übrigen besteht keine stärkere Bindung, sodaß das Verhältnis, wenn nichts anderes abgemacht worden ist, zu jeder Zeit gekündigt und aufgehoben werden kann.

---

32) Gl. M. R.G. in Bankarchiv 15/56. R.G. 80/271. Auch hier ist ein Vermögen der Gesellschaft nicht nötig. Gl. M. mit der von uns vertretenen Auffassung Jacusiel 70.

§ 6. Die Zinsfußarbitrage, Pensionen, das Devisenreportgeschäft.

I. Zinsfußarbitrage.

Wie die Devisenarbitrage aus den Kursdifferenzen der Devisen auf den verschiedenen Plätzen Gewinn zu ziehen sucht, so bezweckt die Zinsfußarbitrage die Ausnützung der Zinsfußsätze in den verschiedenen Ländern. Welche Momente den Zinsfuß beeinflussen, mag hier dahingestellt sein, wir wollen uns mit der Tatsache begnügen, daß solche Unterschiede bestehen.

Die Zinsfußarbitrage[1]) im eigentlichen Sinn geschieht nur durch vorübergehende Anlage von Geldern. Die dauernde Beteiligung an Unternehmungen im Ausland fällt für uns also nicht in Betracht. Die Zinsfußarbitrage erreicht ihr Ziel durch das Diskontieren von fremden Devisen, von Wechseln des Landes mit hohem Zinsfuß. Vor dem Krieg z. B. war in Frankreich als dem Rentnerlande der Zinsfuß, Diskontsatz, niedriger als in der Schweiz oder in Deutschland, beides industriereiche Länder. Der französische Bankier kaufte sich Schweizer Franken oder Mark, ließ sich ein Guthaben eröffnen und diskontierte dann Schweizer, bzw. deutsche Wechsel, natürlich zum Diskont des betreffenden Landes. War der Diskont für 90 Tage Wechsel in Paris z. B. 2½% und in der Schweiz 4¾%, so gewann die Bank 2¼% im Jahr, was einen Gewinn von $^9/_{16}$% auf drei Monate ausmacht. Dafür aber trägt die Bank das Risiko der Kursschwankungen, das u. U. den ganzen Gewinn aufzehren oder sogar das Geschäft verlustbringend gestalten kann. Dem kann die Bank durch Terminverkäufe der betreffenden Devise begegnen.

Rechtlich ist dieses Geschäft nicht interessant. Es handelt sich um zwei Devisenkäufe, Kauf einer gewöhnlichen Forderung und Kauf eines Wechsels, denn das Diskontieren des Wechsels ist nichts anderes als ein Kauf. Beim akzeptierten Wechsel verpflichtet sich der Akzeptant, einen bestimmten Be-

---

[1]) Vgl. über die verschiedenen Formen der Ausnützung der Zinsfußunterschiede von Speyr, Bankarchiv 9/47.

trag zu bezahlen. Das Akzept verkörpert also eine Forderung, durch den Erwerb eines Wertpapieres wird auch die Forderung erworben, denn auch beim Wertpapier ist das verbriefte Recht die Hauptsache; es liegt also Kauf einer Forderung vor. Bei nicht akzeptierten Wechseln wird zum mindesten eine zukünftige Forderung gekauft oder auch eine Regreßforderung, also eine bedingte Forderung.

II. Die Pensionen.

1. Die Pensionen bezwecken — wie schon in der Einleitung erwähnt wurde — auch eine Zinsfußarbitrage, aber auf anderem rechtlichen Weg. Bei den Wechselpensionen wird nicht ein Wechsel gekauft, um ihn dann geltend zu machen, sondern der Wechsel wird in Pension genommen, als Deckung eines Darlehens; d. h. Wechsel werden hingegeben gegen Empfang einer fremden Devise, mit der Verpflichtung, gegen Rückerstattung der gegebenen Devise die Wechsel zurückzuliefern. Wirtschaftlich liegt der Unterschied zur Zinsfußarbitrage darin, daß regelmäßig bei den Pensionen der Pensionsgeber (Darlehensnehmer), derjenige, der die Wechsel in Pension gibt, das Kursrisiko tragen muß. Der Pensionsnehmer (Darlehensgeber) will den gleichen Betrag zurückerhalten, den er hingegeben hat, daher wird vorsorglich der Kurs, zu welchem eine Rückwandlung erfolgen soll, festgelegt; man spricht daher von change assuré oder garanti.

Das Pensionsgeschäft kommt in verschiedenen Formen vor, Suntych zerlegte es in zwei Arten mit Unterabteilungen; diese vorerst wirtschaftlich-technische Gliederung behält er auch als rechtliche Teilung bei.

Die erste Gruppe bilden solche Pensionen, wo die Rückerstattung der Valuta nach Maßgabe der jeweils fälligen Wechsel erfolgt, der Zins wird auch nach der effektiven Laufzeit der Wechsel berechnet[2]). Bei der zweiten Gruppe handelt es sich um Pensionen, wo die hingegebenen Wechsel auf einen bestimmten Tag, der natürlich vor Verfall des am wenigsten lang laufenden Wechsels liegt, abgerechnet werden. An diesem Abrechnungstag müssen alle Wechsel zurückgegeben werden

[2]) Suntych 10.

und demgemäß auch die ihnen entsprechende Valuta[3]). In beiden Gruppen unterscheidet er Pensionen, bei denen die Wechsel in natura zurückerstattet werden müssen, und solche, bei denen Wechsel gleicher Güte und gleicher Verfallzeit, oder sogar an deren Stelle Checks oder Auszahlungen übergeben werden. Die beiden letztern Alternativen, Checks und Auszahlungen, sollen nur bei der ersten Kategorie in praxi vorkommen. Die erste Gruppe sind die Reportpensionen; es soll nach Suntych ein richtiges Reportgeschäft, bestehend aus Kauf und Rückkauf, vorliegen. Die zweite Kategorie sind die Lombardpensionen; Grundlage ist ein Darlehensgeschäft, zu dessen Sicherheit die Wechsel übergeben werden. Wir halten die Einteilung nach der Verfallzeit, ob eine gemeinsame Verfallzeit vorliegt, als rechtliche Einteilung nicht für gerechtfertigt. Bevor aber auf die rechtliche Frage eingetreten wird, wollen wir vorerst noch kurz ein Pensionsgeschäft nach seiner wirtschaftlich-technischen Seite betrachten.

Mit dem Pensionsgeschäft wollen die Banken die in den verschiedenen Ländern bestehenden Zinsfußdifferenzen ausnützen, mit a. W. die Banken in Ländern mit teurem Geld wollen vom billigen Geld eines andern Landes profitieren. Zu diesem Zweck werden Wechsel des eigenen Landes zu hohem Diskontsatz erworben und dann wird eine Bank im Ausland, mit niedrigerem Diskontsatz, angefragt, zu welchem Zinsfuß sie die Wechsel in Pension nehme. Die Pensionsgeberin erhält für ihre Wechsel nach Abzug des Pensionssatzes, dessen Grundlage der Diskontsatz der Pensionsnehmerin ist, aber regelmäßig ihn übersteigt, den entsprechenden Betrag in deren fremder Währung. Die Wechselbeträge werden zu einem bestimmten Kurs in die fremde Währung umgerechnet, von diesem Betrag dann der Zins (Pensionssatz) abgezogen und den Restbetrag erhält der Pensionsgeber. Bei Verfall muß er den gleichen Betrag, aber natürlich ohne Abzug des Pensionssatzes zurückerstatten, d. h. die Wechsel werden ihm in der Regel zum gleichen Umrechnungskurs zurückgegeben. Ein einfaches Beispiel mag das erläutern. Pension zwischen Deutschland und

[3]) Suntych 11. Auch v. Speyr, Bankarchiv 9/47, teilt die Pensionen in diese zwei Gruppen ein, ohne aber die von Suntych durchgeführte rechtliche Unterscheidung anzunehmen. Er bezeichnet die zweite Kategorie als die eigentlichen Wechselpensionen.

Frankreich unter vorkriegszeitlichen Verhältnissen. Eine Frankfurter Bank will einen Dreimonat-Wechsel von 500 000 Mark in Pension nach Frankreich geben. Zinsfuß in Frankfurt 4½%, in Frankreich 2½%, Pensionssatz 3%. Kurs in Frankfurt auf Paris sei 80. Mit a. W. 100 Mark = 125 fr. Fr. (change assuré). Die Rückerstattung erfolgt zum gleichen Kurs. 500 000 Mark = 625 000 fr. Fr. abzüglich 3% Pensionssatz auf 3 Monate = 4687,5 fr. Fr.[4]). Die deutsche Bank erhält demnach 620 312,5 fr. Fr.; diese wird sie regelmäßig sofort in Mark umwandeln, wenn sie nicht vorübergehend fr. Fr. braucht. Nach drei Monaten, d. h. einige Tage vor Verfall des Wechsels wird die Pariser Bank den Wechsel von 500 000 Mark zurücksenden und die Frankfurter Bank muß die Mark wieder zu 100 Mark = 125 fr. Fr. einlösen, sie muß 625 000 fr. Fr. zurückbezahlen. Hat sie keine fr. Fr., so muß sie sich eindecken, muß vielleicht einen höhern Kurs bezahlen und darin liegt ihr Risiko, das aus dem Change assuré entspringt. Will der Pensionsgeber (die Frankfurter Bank) das Risiko der Kursschwankungen nicht laufen, so muß er sich im Moment des Abschlusses des Verkaufs der fremden Devise auf Termin für den Betrag eindecken, oder sich durch irgendein Geschäft sichern. Es kommt hie und da vor, daß der Pensionsnehmer einen kleinern Pensionssatz verlangt, wogegen ihm dafür ein günstigerer Umrechnungskurs für die Rückerstattung gewährt wird. Dies hängt davon ab, ob die betreffende Devise größern Kursschwankungen unterliegt, sodaß auf seiten des Pensionsgebers zum Diskontgewinn noch eine Kursspekulation versucht wird. Der vereinbarte fixe Devisenkurs ist das Charakteristikum des Pensionsgeschäftes, wobei natürlich eine Menge Abweichungen vorkommen kann.

2. Vor allem ist zu beachten, daß der Pensionsgeber den gleichen Betrag in fremder Währung zurückgeben muß, den er erhalten hat, zuzüglich Zinsen. Diese werden zum voraus vom auszubezahlenden Nominalbetrag abgezogen. Er hat das Recht, die gleichen Wechsel zurückzuverlangen, und nur wenn

[4]) Natürlich wird es sich selten um einen Wechsel auf einen solchen runden Betrag handeln und es kann auch nie die ganze Laufzeit des Wechsels ausgenützt werden, da der Pensionsgeber den Wechsel auch diskontieren muß. Diese Zahlen werden der Einfachheit halber gewählt.

dies besonders bestimmt worden ist, hat der Pensionsnehmer das Recht, andere Wechsel gleicher Güte und Verfallzeit zurückzugeben.

Vom rechtlichen Standpunkte aus können Wechsel nicht Fungibilien sein[5]), sie können einander nicht vertreten, wenn sie nicht die gleichen Unterschriften und gleiche Verfallzeit haben und auf die nämliche Summe lauten. Jedes Indossament, das nicht auf den andern Wechseln steht, grenzt den ersten von den andern ab, es individualisiert ihn. Die Praxis hat die Wechsel in eigentliche Gattungen eingeteilt, je nach der Güte der Unterschriften. Die Banken sehen nicht darauf, ob auf einem Wechsel genau die nämlichen und gleichviel Unterschriften stehen; die Hauptsache ist, daß die auf den Wechseln vorhandenen Unterschriften «gut» sind, daß diese für die Einlösung des Wechsels bürgen. Ist dies der Fall, so sind die Wechsel vertretbar, ein Wechsel kann gegen den andern eingetauscht werden, da es Wechsel sind, die ohne Schwierigkeiten eingehen. Die größte Verkehrsbedeutung haben Bankakzepte, die von einer guten, solventen Bank akzeptiert worden sind; diese können einander ohne weiteres im Verkehr vertreten. In diesem Sinn anerkennt der Handelsverkehr die Wechsel als Fungibilien. Nimmt die Praxis zwei Wechsel als vertretbar an, so hat es keinen Sinn, wenn die Rechtswissenschaft gestützt auf den sonst üblichen Begriff der Fungibilität dies bestreitet, denn sie hat auf die wirtschaftlichen Erscheinungsformen abzustellen und soll ihnen gerecht werden. Eine solche Uebung und Ansicht muß als Parteiabrede anerkannt und von den Gerichten berücksichtigt werden.

a) Wurde die Rückerstattung der Wechsel in natura abgemacht, so liegt u. E. ein eigentliches Darlehen in fremder Währung vor, bei dem die Wechsel sicherungshalber übergeben worden sind. Der Unterschied, ob ein gemeinsamer Verfalltag vorliegt oder verschiedene Verfalltage, wobei natürlich folgerichtig die Zinse sich nach den Laufzeiten der Wechsel richten, kann keine andere rechtliche Beurteilung begründen. Wenn Suntych[6]) behauptet, daß beim letztern Fall der Pensionsnehmer mit dem Wechselmaterial machen kann, was er will, und

---

[5]) Gl. M. Jacobi 8.
[6]) Suntych 82.

er daraus auf ein Reportgeschäft schließt, so ist das eine petitio principii und er widerspricht sich selber. Denn er gibt ja selber zu, daß bei seinen Reportpensionen der Pensionsnehmer verpflichtet sein kann, vertraglich oder stillschweigend, dieselben Wechsel zurückzugeben[7]). Besteht aber eine solche Pflicht, so kann der Gläubiger mit den Wechseln nicht machen, was er will. Andererseits nimmt er weiter an, daß bei den Lombardpensionen der Pensionsnehmer auch Wechsel «gleicher Güte und Skadenz retournieren» kann, wenn dies abgemacht wird, was zwar nicht häufig vorkommen soll[8]). Also gibt es auch bei den Lombardpensionen Fälle, wo der Pensionsnehmer mit den Wechseln machen kann, was er will. Es muß daher eines der von Suntych angegebenen Merkmale nicht entscheidend sein. Entweder hat die Verfügbarkeit über die Wechsel keine rechtliche Bedeutung oder die Einteilung nach Pensionen mit gemeinsamer Verfallzeit und solchen mit verschiedener Verfallzeit, je nach derjenigen der Wechsel, kann nicht als rechtliche Einteilung gelten. Auf den ersten Blick scheint der Verfügbarkeit über die Wechsel eine größere Bedeutung zuzukommen und dies wäre ein rechtliches Einteilungsmoment für die Wechselpensionen.

U. E. kommt der Einteilung nach der Art der Verfallzeit keine rechtliche Bedeutung zu. Auch bei einem Darlehen kann durch Vertrag eine ratenweise Rückzahlung vorgesehen werden, was sogar sehr häufig vorkommt. Der Borger ist nicht immer verpflichtet, die Summe auf einmal zurückzubezahlen. Natürlich werden die Raten bei der Zinspflicht berücksichtigt, die Verzinsung fällt für sie dahin. Diesen Vorgang haben wir bei den Wechselpensionen mit nicht einheitlicher Rückzahlung, und zwar liegt dies eben in der verschiedenen Laufzeit der Wechsel begründet. Die Parteien wollen die Laufzeit der Wechsel ganz ausnützen und machen nun ab, daß, sobald ein Wechsel fällig wird, dieser dem Pensionsgeber zurückerstattet wird, er aber verpflichtet ist, den entsprechenden Betrag zurückzubezahlen. Die Rückzahlungspflicht ist gerechtfertigt, denn die Wechsel wurden als Sicherheit begeben. Mit der Rückgabe des Wechsels wurde die Sicherheit vermindert und es erfolgt daher eine verhältnis-

---

[7]) Suntych 10 I, Ziff. 1.
[8]) Suntych 11 II, Ziff. 2.

mäßige Rückzahlung, die dem Betrag des Wechsels entspricht. Eine solche Abmachung schließt die Annahme eines Darlehens nicht aus. Gläubiger und Schuldner wissen zum voraus, wann und welche Rate fällig ist, das geht aus dem Wechselmaterial selber hervor. Daß aber bei einem solchen Fall der Zins für jeden Wechsel, Rate, bei gemeinsamem Zinsfuß für sich berechnet wird, ist selbstverständlich. Der Schuldner will und soll nicht länger Zins zahlen, als er im Genuß des Darlehensbetrages ist, und der Gläubiger soll entsprechend der Dauer seines Darlehens und der Rückzahlung der Raten den Genuß einer Verzinsung haben. Sobald demnach bei Wechselpensionen der Pensionsnehmer verpflichtet ist, die Wechsel in natura zurückzugeben, so liegt u. E. ein Darlehen vor, mit fiduziarischer Uebertragung der Wechsel zu Sicherungszwecken. Die Wechsel werden in blanko indossiert und dem Pensionsnehmer übergeben, sodaß dieser infolge der tatsächlichen Innehabung frei darüber verfügen könnte, da er als Eigentümer der Wechsel gilt. Er ist aber verpflichtet, die Wechsel nicht weiter zu begeben, er darf sie nicht verwerten, solange der Pensionsgeber seinen Verpflichtungen nachkommt. Ob der Pensionsnehmer die Wechsel weiter verpfänden darf, hängt vom einzelnen Fall ab. Das Diskontieren der Wechsel stellt nur eine Art der Berechnung des Darlehenszinses vor. Das gleiche kommt auch im Verkehr zwischen Banken und Klienten vor, wo eine Bank einen Wechsel «diskontiert» mit der Verpflichtung des Klienten, den Wechsel bei Verfall gegen Zurückbezahlung seines Nominalbetrages auszulösen. Die herrschende Meinung sieht einen solchen Fall als Darlehen an[9]).

Schließlich könnte man auch sagen, daß jeder Wechsel Grundlage eines einzelnen Darlehens bildet, daß demnach bei einer Pension mit verschiedenen Wechseln und Rückzahlungen nicht ein einziges Darlehen besteht, sondern mehrere. Dies entspricht u. E. nicht der Ansicht und der Gepflogenheit der Parteien, und ist auch nicht nötig, um ein Darlehen annehmen zu dürfen.

b) Begründet aber die Verfügungsfähigkeit über das Wechselmaterial eine andere rechtliche Konstruktion der Wechselpensionen? Der Pensionsnehmer ist nicht verpflichtet, die glei-

---

[9]) Béguelin 794.

chen Wechsel zurückzuerstatten, sondern er darf andere, gleicher Güte und Skadenz, oder sogar Checks oder Auszahlungen zurückgeben. Er kann frei, ohne jede Hinderung rechtlicher Art, über die Wechsel verfügen. Tut er dies, so läuft er die Gefahr des Steigens der betreffenden Devise, da er einen gleichen Betrag der erhaltenen Devise zurückgeben muß. Der Gedanke liegt nahe, ein solches Pensionsgeschäft als Reportgeschäft anzusehen, besonders dann, wenn der Pensionsnehmer nicht einmal verpflichtet ist, Wechsel zurückzugeben, sondern seiner Pflicht nachgekommen ist, wenn er einen gleichen Betrag der fremden Währung zurückerstattet. Im letztern Fall gleicht das Geschäft stark einem Devisenreportgeschäft, Austausch zweier Devisen, wobei der Pensionsnehmer, statt Auszahlungen, Guthaben, Wechsel erhalten hat, die er verwertete.

Es kommt aber, besonders im Handelsverkehr, oft vor, daß, wenn Wertpapiere zur Sicherheit übergeben werden, diese in das freie Eigentum des Gläubigers gelangen, mit der Verpflichtung, bei Aufhebung des Verhältnisses Wertpapiere gleicher Art zurückzugeben. Trotzdem wird diese Uebergabe ihrem Charakter als Sicherheitsmittel gemäß, als pignus irregulare angesehen[10]). Das irreguläre Pfandrecht ist nach der Praxis des Bundesgerichtes kein eigentliches Pfandrecht, sondern eine Art der fiduziarischen Uebergabe zu Sicherungszwecken[11]). Prinzipiell soll sie als Sicherheit dienen und der Gläubiger soll die Sache auch als solche behandeln. Wie wir weiter oben, Seite 116, festgestellt haben, werden von den Banken die Wechsel nach Maßgabe der Bonität in Kategorien eingeteilt, wobei Wechsel gleicher Kategorie (Bonität) sich unter einander vertreten können. Wird durch Parteiabrede festgesetzt, daß nur Wechsel gleicher Art zurückgegeben werden müssen, so darf die Rechtswissenschaft hier die Vertretbarkeit nicht ausschließen. Muß der Pensionsnehmer Wechsel gleicher Art und Güte zurückerstatten, so liegt u. E. ebenfalls ein Darlehen vor, wobei als Sicherheit ein pignus irregulare bestellt wird. Ist jedoch der Pensionsgeber gehalten, Checks und Auszahlungen anzunehmen, so handelt es sich nicht mehr um vertretbare Sachen, und ein eigentliches pignus irregulare kann nicht angenommen

---

[10]) Wieland, Art. 884 Z.G.B., Nr. 10.
[11]) B.E. 23/689, 19/239.

werden; aber ein Reportgeschäft fällt auch nicht in Betracht, da bei diesem ebenfalls Effekten gleicher Art «zurückgekauft» werden. Außerdem geht die Absicht der Parteien nicht auf ein Reportgeschäft. Bei der Wechselpension will der Pensionsgeber den günstigen Zinsfuß benützen, er will zu günstigeren Bedingungen ein Darlehen aufnehmen, als er dies in seinem eigenen Lande tun könnte. Beim Devisenreport hat er nicht diese Absicht, er braucht aus irgendwelchen Gründen einen Betrag fremder Währung und verschafft sich ihn, aber nicht auf dem Darlehenswege. Bei den Wechselpensionen gibt er die Wechsel als Sicherheit; Sicherheit bietet nur die dem Wechsel inhärente Forderung in der betreffenden Währung; zahlt er das Darlehen zurück, so verlangt er auch die gegebenen Sicherheiten zurück, dies geschieht kurz vor Verfall der Wechsel, er erhält wiederum den Betrag der als Sicherheit gegebenen Währung. Wird ihm dieser Betrag eigener Währung in anderer Form zurückerstattet, Auszahlungen, Checks, so erhält er im Grunde genommen, was er gegeben hat, denn er hätte die Wechsel sofort geltend machen und den Betrag einkassieren müssen. In letzterem Fall wird ihm direkt der in den Wechseln verkörperte Betrag gegeben.

Wir können daher sagen, das Wechselpensionsgeschäft ist ein Darlehensvertrag, bei dem regelmäßig Wechsel als solche als Sicherheit übergeben werden, und die (oder ihnen äquivalente) bei Rückzahlung des Darlehens wieder zurückerstattet werden müssen; oder es werden nicht die Wechsel als solche zur Sicherheit indossiert, sondern der in ihnen verkörperte Betrag einer für den Pensionsnehmer fremden Währung, wobei dann bei Rückzahlung des Darlehens der Darlehensgeber seiner Pflicht nachgekommen ist, wenn er den als Sicherheit übergebenen Betrag fremder Währung in irgendeiner sofort liquiden Form zurückbezahlt[12]).

Man könnte allenfalls im letzteren Fall auch von einem Vertrag sui generis sprechen, das ist u. E. aber nicht nötig.

---

[12]) Unsere Ansicht deckt sich mit der herrschenden Meinung, die das Wechselpensionsgeschäft als ein dem Lombardgeschäft ähnliches Verhältnis behandelt, obschon bis daher das Geschäft u. W. außer in der Arbeit von Suntych noch nicht eingehend behandelt worden ist. Vgl. Obst S. 373, Reitler 29 ff.

Wird beim Wechselpensionsgeschäft mit pignus irregulare ein anderer «vertretbarer» Wechsel zurückgegeben, so hat der Pensionsgeber das Recht, den Wechsel auf seine Vertretbarkeit zu prüfen, hat er Bankakzepte geliefert, so muß ihm der Pensionsnehmer ebenfalls solche übergeben und zwar gleicher Qualität[13]).

III. Das Devisenreportgeschäft.

1. Wirtschaftliches.

Wirtschaftlich wird davon ausgegangen, daß eine Bank einer andern, in der Regel einer ausländischen, eine für diese fremde «Devise»[14]) (einen Betrag fremder Währung in irgendeiner Form) überläßt, wobei die ausländische Bank ihr einen entsprechenden Betrag in eigener Währung überträgt. Das Geschäft wird auch in Währungen ausgeführt, die für beide Parteien fremd sind. Dabei wird nun abgemacht, daß nach Ablauf einer bestimmten Zeit die ausländische Bank den gleichen Betrag erhaltener fremder Währung gegen Rückempfang des eigenen Währungsbetrages zurückerstatten muß. Die eine der beiden Parteien muß der andern regelmäßig eine Vergütung leisten, selten erfolgt eine glatte Hereinnahme. Welche der beiden Parteien ein Entgelt zahlen muß, hängt von den Verhältnissen ab, wobei der Höhe des Zinsfußes auf den betreffenden Plätzen, der Stellung der beiden Kontrahenten und dem Stand der fraglichen Währungen u. a. entscheidender Einfluß zukommt. Die Devisenreportierung ist nicht Selbstzweck, immer wird damit ein anderes Geschäft zur Abwicklung gebracht. Der hereinnehmende Bankier will vielleicht eine Devisenspekulation durchführen, er spekuliert auf die Baisse der hineingenommenen Währung; oder er benötigt vorübergehend einen Betrag der betreffenden Währung, will aber kein Kursrisiko laufen. Zum Beispiel einer seiner Klienten will von ihm einen Betrag in dieser Währung kau-

---

[13]) Vgl. im übrigen was die wirtschaftlich-technische und buchhaltungstechnische Behandlung anbelangt Suntych.

[14]) Es wird in diesem Abschnitt der Kürze halber das Wort «Devise» auch im Sinn von Währung, Betrag in einer fremden Währung benutzt (wie auch schon früher). Wir sind uns aber bewußt, damit im Grunde einen falschen Ausdruck, der zwar üblich ist, anzuwenden.

fen und der Bankier hat in 2—3 Monaten den Eingang einer größeren Summe dieser Währung zu erwarten. Um nun dem Bedürfnis seines Klienten entgegenkommen und um zugleich die ihm in der Zukunft eingehenden Beträge in der fremden Währung verwenden zu können, geht er ein Devisenreportgeschäft ein. Die Devisenreportierung kann auch zu Zinsfußarbitragen gebraucht werden[15]).

Bevor wir eingehender die Devisenreportierung behandeln, wollen wir kurz das Reportgeschäft im allgemeinen besprechen und zwar in seiner ureigensten Form, der Effektenreportierung, um dann Parallelen ziehen zu können.

2. Das Reportgeschäft als Effektenreportierung.

Das Reportgeschäft ist eine Institution der Börse. Es dient zur Prolongation von Positionen, sei es auf Hausse oder Baisse. Tritt bei der Haussespekulation die erwartete Kurssteigerung nicht ein, ist aber der Spekulant guter Meinung, so schließt er mit einer Bank, oft gerade mit seinem Verkäufer, ein Reportgeschäft ab; manchmal ist der Kontrahent ein Baissespekulant, sodaß sich die beiden in ihren Bedürfnissen ergänzen und befriedigen können. Der Haussespekulant braucht Geld, um die gekauften Effekten abnehmen zu können. Zu diesem Zweck reportiert er sie und weist seinen jetzigen Käufer an, gegen Uebergabe der Effekten seinem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen, wobei er ihn für die Differenz zwischen Kaufpreis und Reportkurs zu decken hat. Gleichzeitig, uno actu wird abgemacht, daß der Hereinnehmer, z. B. in einem Monat, die gleiche Anzahl nämlicher Effekten zurückgeben muß gegen den zum voraus festgesetzten Kurs. In der Regel wird das Entgelt zum Lieferungskurs hinzugeschlagen.

Der Baissier macht die umgekehrte Operation. Er benötigt Effekten, er nimmt solche herein und gibt sie dann wieder am Ende der Reportdauer zu bestimmtem Kurs zurück; das Entgelt, das er leisten muß, wird vom Kurs abgezogen. Die Marktlage bestimmt, wer das Entgelt zahlen muß. Sind mehr Haussiers, die prolongieren wollen, so diktieren die Baissiers, verstärkt durch die im Reportgeschäft Geld anlegenden Kapita-

---

[15]) Vgl. Reitler 31 ff. Ueber die Kombinationen der Devisenreportierung mit andern Geschäften.

listen. Besteht eine Baissestimmung und wollen die Baissiers prolongieren, d. h. Titel hereinnehmen, so diktieren die Haussiers. Halten sich Haussiers und Baissiers die Wage, so erfolgt glatte Hereinnahme. Einfluß auf das Entgelt haben die Stückzinsen; diese werden auf dem Nominalbetrag und der Prolongationssatz auf dem Kurswert berechnet[16]).

In rechtlicher Hinsicht ist zu beachten, daß das Reportgeschäft ein einheitliches Geschäft ist, ein Vertrag sui generis, der wirtschaftlich aber zwei Zwecke verfolgt, den Abschluß einer Spekulation und zugleich wieder den Beginn einer neuen. Diesen zwei Zwecken entsprechen auch in rechtlicher Beziehung zwei entgegengesetzte Vorgänge, die, obschon sie einem Kauf und einem Verkauf entsprechen, doch eine Einheit bilden, sowohl in rechtlicher als auch wirtschaftlicher Hinsicht. Daher sind die Theorien, die zwei Verträge annehmen, seien es zwei Käufe oder zwei Darlehen, zu verwerfen. Die herrschende Meinung nimmt jetzt das Reportgeschäft als Kauf bzw. als Vertrag sui generis an, auf den aber die Kaufsregeln anwendbar sind[17]). Ueber die rechtlichen Wirkungen des Reportgeschäftes herrscht Einigkeit: Die Effekten gehen in das Eigentum über, es ist ein richtiges Termingeschäft[18]).

3. Vergleich zwischen Effekten- und Devisenreportierung.

Wenn wir die eigentliche Effektenreportierung mit dem Devisenreportgeschäft vergleichen, so bemerken wir im Objekt der beiden Geschäfte und in den wirtschaftlichen Zweckbestimmungen einen Unterschied. Das Effektenreportgeschäft dient zur Prolongation einer eingegangenen Spekulation, während die Devisenreportierung zu allen möglichen Geschäften hinzutritt und zu deren Abwicklung gebraucht wird. Beim Devisenreportgeschäft müssen wir gleich wie bei der Effektenreportierung vor allem die Einheitlichkeit des Geschäfts betonen. Der Kostgeber gibt seine «Devise» dem Gegenkontrahenten in die Kost und zu gleicher Zeit, uno actu et uno tempore wird bestimmt,

---

16) Vgl. über alle diese Fragen Morlot 81 ff.

17) Vgl. Morlot 196 (Definition), Reichesberg II/933 (Zweikäufetheorie Oser), Endemann III/34, Ehrenberg IV. 2/588, Oesterr. Staatswörterbuch I/618. Reitler spricht in seiner Arbeit von Darlehen; ob er das eigentliche Reportgeschäft meint, geht nicht deutlich hervor (Reitler 29/30).

18) Vgl. über die Einzelheiten die angegebene Literatur.

daß er nach Zeitablauf den gleichen Betrag zum festgesetzten Kurs zurücknimmt. Er gibt aber seine Devise nicht hinein, um damit dem Gegenkontrahenten den Gebrauch daran zu überlassen, sondern sein Zweck ist die Gegenleistung, die andere Devise zu erhalten. Der Besitz, die Verfügungsmacht über einen Betrag in bestimmter Währung ist Zweck und Ziel des Vertrages; mit der erhaltenen Devise will er Geschäfte betreiben, Gewinn erzielen. Sein Gegenkontrahent verfolgt den gleichen Zweck. Auch er beabsichtigt die Anschaffung der «andern Devise», da er sie seiner Geschäfte wegen braucht[19]). Jeder der beiden Kontrahenten erhält das volle Eigentum an der für ihn fremden Devise. Er kann damit tun, was er will. Dieser erste Teil der Devisenreportierung spricht nicht für ein Darlehen. Die Hingabe erfolgt nicht zum leihweisen Eigentum und Gebrauch, sondern in der Absicht, dadurch die andere Währung zu erhalten. Die eine Leistung ist nicht eine Sicherheit für die andere, sondern es sind beides selbständige Leistungen, die voneinander nur im Sinn einer Sache und deren Preis abhängig sind. Daß die hereingenommene Devise, auch wenn sie der Hereinnehmer nicht braucht, nicht als Sicherheit gegeben wird, geht daraus hervor, daß auch bei erstklassigen internationalen Banken, wo kein Risiko besteht, der gegenseitige Austausch stattfindet und daß bei Nichtverwendungsmöglichkeit die erhaltene Devise beim Gegenkontrahenten zinstragend angelegt wird, wodurch ja das «Sicherungsmittel» überhaupt nicht mehr bestehen würde, da man nur noch eine Forderung hat. Es kann daher u. E. kein Darlehen, auch nicht ein pfandversichertes vorliegen.

Nach Ablauf der Reportdauer muß der Reporteur den Betrag der hereingenommenen Währung herausgeben und der Reportierte macht eine entsprechende Leistung in der erhaltenen Währung. Das Verhältnis der beiden Leistungen ist gleich wie bei der ersten Transaktion. Eine Abhängigkeit im Sinn einer Rückgabe besteht nicht zwischen den Schlußleistungen und den ursprünglichen. Nachdem jede der Parteien mit der erhaltenen fremden Devise die Geschäfte durchgeführt hat, will sie sie wiederum in die eigene Währung umwandeln. Zu diesem Zweck hat sie bei Abschluß des Reportgeschäftes festgesetzt, daß sie nach Ablauf der bestimmten Zeit wiederum die fremde

[19]) Vgl. das bei Reitler 31 und 33 genannte Beispiel.

Devise in die hergegebene umtauschen wolle. Der Schluß des Reportgeschäftes wird wiederum durch Uebertragen der zuerst gehandelten Devisen herbeigeführt. Es liegt also nicht eine Rückgabe geliehener Devisen vor. Wir müssen uns aber bewußt sein, daß grundsätzlich beide Parteien die für sie fremde Devise benötigen, jede will damit ein Geschäft ausführen, daher leiht sie nicht der andern ihre Devise, sondern sie gibt sie, um die fremde zu erhalten. Es gibt oft auch Fälle, und diese dürfen gegenwärtig die häufigsten sein, wo im Grunde genommen die eine Partei die fremde Devise nicht nötig hat, sondern ihre eigene oder eine dritte Devise zum Gebrauch gibt. Aber auch hier, obschon vielleicht die Partei die reportierte Devise als Sicherheit ansieht, behandelt sie sie nicht als solche, indem sie meistens beim Gegenkontrahenten zinstragend belassen wird. Der Reportierte gibt seine Devise nicht als Sicherheit für die erhaltene, sondern um letztere zu erwerben. Eine Einigung über die vorzunehmenden Handlungen und Wirkungen besteht, auch wenn die eine Partei das Vorliegen eines Darlehens annimmt, aber nicht über die rechtliche Natur des Verhältnisses.

Wie die Effektenreportierung fassen wir das Devisenreportgeschäft als Vertrag sui generis auf, dessen Grundlage die Uebertragung einer fremden Devise ist. Es besteht aus zwei Teilen, die rechtlich und wirtschaftlich eine Einheit bilden. Reitler[20]) faßt das Devisenreportgeschäft als Darlehen auf, während nach unserer Meinung es nichts anderes ist als das Effektenreportgeschäft, auf Devisen angewandt.

Wir haben in § 3 das eigentliche Geldwechselgeschäft als Kaufvertrag angesehen, wenn fremde Noten oder fremde Geldsorten gegen Schweizer Geld umgetauscht werden[21]). Beim Devisenreportgeschäft werden aber nicht Geldsorten umgetauscht, sondern es handelt sich um Währung gegen Währung, ganz abgesehen von den Geldstücken. In der Regel erfolgt die Effektuierung durch Auszahlungen, Checks und Ueberweisungen, obschon im eigentlichen Vertrag selten etwas darüber bestimmt wird. Bei der Errichtung von Konti in fremder Währung[22])

---

[20]) Reitler 31 spricht von leihweiser Hingabe einer Devise.

[21]) Vgl. § 3, und Oser, Art. 184 O.R., Nr. 2c; Oertmann, Vorbem. zu §§ 433 ff. B.G.B., S. 372.

[22]) Vgl. § 4 der Arbeit.

haben wir das Ausführungsgeschäft als Kauf einer Forderung in fremder Währung bestimmt, ebenso erfolgt die eigentliche Devisenspekulation in der Form von Forderungskäufen[23]). In der Praxis wird man sich dessen kaum bewußt, es werden einfach «fremde Devisen» gekauft und durch Ueberweisungen Guthaben, Forderungen geschaffen. Beim Devisenreport werden keine Geldstücke übertragen, sondern es wird ein Guthaben begründet, über das der Erwerber verfügen kann. Deutlicher tritt dies hervor, wenn das Geschäft nicht in Devisen erfolgt, die den Währungen der beiden Parteien entsprechen. Hier hat jede Partei eine Forderung in fremder Währung und diese bildet den Gegenstand des Geschäftes. In einem solchen Fall kann man u. E. vom Austausch von «Währungen» sprechen. Das gleiche liegt beim Devisenreportgeschäft in den heimatlichen Währungen der beiden Parteien vor; eine jede Partei räumt der andern einen Betrag, Anspruch in der eigenen Währung ein. Es handelt sich um einen eigentlichen Tauschvertrag[24]) und keinen Kauf, keine der beiden Währungen kann hier als Preis, Geld angesehen werden, sie sind einander in ihrer Bedeutung koordiniert[25]).

Wir kommen daher zum Schluß, daß das Devisenreportgeschäft eine Anwendung des Reportgeschäftes im allgemeinen ist, mit den im Objekt begründeten Modifikationen. Die Stellung ist die gleiche, wie wenn bei Effektenreportierung nicht Effekten und Geld, sondern Effekten gegen Effekten umgesetzt würden. Die die Grundlage des Devisenreportgeschäftes bildende Rechtshandlung ist ein Tausch. Es sind demnach die Regeln des Tauschvertrages anwendbar. Nach Art. 237 O.R. finden auf den Tauschvertrag die Regeln des Kaufes Anwendung, ebenso im deutschen, französischen und italienischen Recht[26]).

---

[23]) Vgl. unten § 8 III, S. 154 f.

[24]) Gl. M. N. Z. Z. vom 10. VII. 1923, Nr. 941: Zum Kursrückgang des Schweizer Frankens: Reportgeschäft in Devisen: Darunter versteht man die tauschweise Ueberlassung einer Devise gegen die andere für eine bestimmte Zeit.

[25]) Das will aber nicht sagen, daß beim Kaufvertrag Zahlung nicht durch einfache Ueberweisung erfolgen kann, oder daß nach O.R. bei einem dem Schweizerrecht unterliegenden Kaufvertrag der Preis in Schweizer Währung ausgedrückt werden muß. Gl. M. u. a. Picot 18, Anm. 18bis.

[26]) § 515 B.G.B., Art. 1707 c.c.fr., Art. 1555 c.c.i.

Das Devisenreportgeschäft als solches ist nach Schweizerrecht keinen Formbedingungen unterworfen; mit der gegenseitigen, übereinstimmenden Willensäußerung ist es geschlossen. Im Bankgewerbe besteht zwar der Brauch der schriftlichen Bestätigung bei telephonischen, mündlichen Abschlüssen, ohne daß aber dieser Uebung die Bedeutung der in Art. 16 O.R. vorbehaltenen Form zukommt, denn das Bestätigungsschreiben hat nur rechtsbeurkundende Bedeutung, es ist Beweismittel. Der Kurs der Hereinnahme wird beim Vertragsschluß bestimmt und wird regelmäßig dem Kurs der betreffenden Devise entsprechen. Oft wird das Entgelt zum Kurs hinzugeschlagen oder davon abgezogen, je nachdem ein Report oder Deport zu bezahlen ist. Beim Effektenreportgeschäft ist derjenige, welcher die Effekten hineingibt, Reportierter und der andere der Reporteur, er gibt das Geld. Bei der Devisenreportierung ist diese Unterscheidung nicht so leicht zu machen, denn jeder gibt dem andern Devisen. Aus den Parteiabreden geht aber im allgemeinen hervor, welche Partei eigentlich Reporteur sein soll und welche Reportierter. Man könnte auch sagen, daß jede Partei in bezug auf die Leistung, die sie vornimmt, Reportierter ist und auf die zu empfangende Leistung Reporteur. Man kann daher auch nicht in unzweifelhafter Weise von einem Report oder Deport sprechen, dies hängt wiederum von der Parteiabrede und event. der Art der Berechnung ab. Die Dauer des Geschäftes ist in der Regel nicht von einer Börsenspekulation abhängig und somit auch nicht den Fristen der Börsentermingeschäfte unterworfen, wie dies bei der Effektenreportierung immer der Fall ist. Trotzdem handelt es sich stets um kürzere Fristen, meistens einen Monat.

Aus der Einheitlichkeit des Vertrages geht hervor, daß, wenn eine der Parteien nicht erfüllt und die Gegenpartei vom Vertrag zurücktritt, der ganze Vertrag dahinfällt. Dies hat gar keine Besonderheiten, wenn die Nichterfüllung beim ersten Umsatz erfolgt. Der rechtliche Zustand bleibt wie vorher und die vertragstreue Partei hat Anspruch auf Schadenersatz. Anders ist die Sachlage, wenn der erste Teil des Vertrages durchgeführt ist und nun die Schlußtransaktion vorgenommen werden soll. Durch den zweiten Umsatz der beiden Währungen wird ja der frühere Zustand wieder hergestellt. Erfüllt hier die eine Partei nicht und tritt der Gegenkontrahent vom

Vertrag zurück, so fällt der ganze Vertrag dahin, jede Partei muß zurückgeben, was sie erhalten hat, d. h. es wird der frühere Zustand wieder hergestellt. Art. 109 O.R. Beide Parteien müssen demnach beim Devisenreportgeschäft die gleichen Vorkehren treffen, als wenn sie den Vertrag erfüllen würden. Der Unterschied liegt im Kurs bzw. Entgelt, indem infolge des Rücktrittes der Anspruch auf den Report oder Deport dahinfällt. Jede Partei muß einfach einen solchen Betrag in fremder Währung zurückgeben, als sie erhalten hat. Daneben hat der vertragstreue Teil Anspruch auf das negative Vertragsinteresse. Art. 109, al. 2, O.R. Aus dem Rücktritt entsteht ein obligatorischer Anspruch auf Rückleistung, man hat im Konkurs nur eine Konkursforderung. Ist Art. 82 O.R. auch für die Leistungen, die aus der Aufhebung des Vertrages entstehen, anwendbar, mit a. W. braucht der eine das Erhaltene nur zurückzugeben, wenn er weiß, daß der Gegenkontrahent seinerseits das Erhaltene zurückerstattet oder doch anbietet? Die Rücktrittserklärung wirkt ex tunc, der Vertrag gilt als nie geschlossen; deshalb können die gegenseitigen Leistungen aus dem Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden. Grund der Bestimmung des Art. 82 O.R. ist die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Leistungen beim zweiseitigen Vertrag, indem mit der einen Leistung die Gegenleistung bewirkt werden soll. Diese Abhängigkeit besteht zwischen den beiden Bereicherungsansprüchen nicht in dem Maß, es liegt kein zweiseitiger Vertrag vor. Das deutsche B.G.B.[27]) ordnet bei Rücktritt vom Vertrag die Leistung Zug um Zug an und bestimmt, daß § 320 B.G.B., der dem Art. 82 O.R. entspricht, ebenfalls anwendbar sei. U. E. darf für das Schweizer Recht die Lösung des B.G.B. auch Anwendung finden. Obschon zwischen den beiden Verpflichtungen nicht eine Abhängigkeit besteht wie beim zweiseitigen Vertrag, so besteht doch eine Abhängigkeit in dem Sinn, daß sie auf dem gleichen gemeinsamen Tatbestand und Rechtsgrund beruhen. Ihr Bestand ist voneinander abhängig. Dazu tritt u. E. noch ein weiteres Motiv. Die eine Partei ist vom Vertrag zurückgetreten, weil der Gegenkontrahent nicht erfüllte; soll nun die vertragstreue Partei die erhaltene Leistung oder Teil-

---

[27]) § 348 B.GB. und §§ 326/27 B.G.B.

leistung ohne weiteres zurückgeben müssen, wenn sicher ist, daß der säumige Vertragsteil seiner Verpflichtung nicht nachkommt? Dies kann nicht der Wille des Gesetzes sein, daß der eine Teil gezwungen wird, «Sicherheiten», wenn man so sagen darf, herauszugeben, obschon er weiß, daß die Gegenpartei nicht leisten wird. Aus diesen Gründen kommen wir dazu, auch für die Rückleistungen beim Rücktritt vom Vertrag Art. 82 O.R. anzuwenden.

Hat der Kontrahent die erhaltene Devise noch nicht umgewandelt, was selten der Fall sein wird, so hat der Gegenkontrahent Anspruch auf effektive Rückleistung und eine Verrechnung ist angesichts Art. 120 O.R. unmöglich. Ist die Umwandlung aber beidseitig vorgenommen worden, so tritt der Erlös an ihre Stelle; ist nicht mehr der ganze Erlös vorhanden, so hat man nur Anspruch auf die Bereicherung[28]), solange die Partei kein Verschulden trifft. Es fällt demnach die effektive Leistung dahin und Art. 84, al. 2, O.R. ist anwendbar. Die fremde Währung dient nur zur Festsetzung des Betrages und kann in einheimische umgewandelt werden, eine Kompensation ist u. U. möglich[29]).

Aus dem Vorstehenden geht hervor, daß es für die vertragstreue Partei keinen Sinn hat, beim zweiten Lieferungsgeschäft bei Verzug vom Vertrag zurückzutreten, da ja der säumige Gegenkontrahent genau die gleichen Handlungen vorzunehmen hat wie bei der Erfüllung. Sie tut besser, auf der Erfüllung zu beharren mit Schadenersatz, oder, wenn dies nicht gut geht, bei Konkurs der Gegenpartei auf die Leistung zu verzichten unter Aufrechterhaltung des Vertrages, also das positive Vertragsinteresse zu verlangen. Ihre Forderung verrechnet sie mit der von ihr zu prästierenden Leistung und macht nur noch die Differenz geltend. Zum Beispiel Devisenreport zwischen Schweizer Bank A und italienischer Bank B in Franken und Lire. A hat die Lire zum Kurs von 25 hereingenommen, 1 Million = 250 000 Fr. B muß sie nach Ablauf der Reportdauer zum gleichen Kurs von 25 zurücknehmen, d. h. gegen 250 000 Fr. muß A eine Million Lire geben; B muß aber dem

---

28) B.E. 45 II 450: Le contrat conclu entre les parties ayant été annulé, les défendeurs sont tenus de réstituer le prix de vente, payé en vertu de ce contrat, pourvu qu'ils en sont encore enrichis.

29) Gl. M. Becker, Art. 120 O.R., Nr. 10.

A noch eine Vergütung leisten, die nach der Praxis in Lire zu zahlen ist. A erhält demnach neben den 250 000 Fr. noch den Report in Lire, z. B. für 100 Fr. 1 Lira, bzw. für 250 000 Fr. 2500 Lire. Beide Parteien haben über die Beträge verfügt.

Nach Ablauf der Reportdauer leistet B nicht. A macht das Erfüllungsinteresse geltend, er deckt sich ein und bekommt für 100 Lire 24,75 Fr., d. h. er muß für 100 Fr. 404,0404 Lire bezahlen, oder um 250 000 Fr. zu erhalten, muß er 1 010 101,01 Lire ausgeben, also 10 101,01 Lire mehr als nach Vertrag. Da A dem B 1 Million Lire leisten sollte und eine Forderung von 1 010 101,01 Lire plus Anspruch auf den Report, in casu 2500 Lire, gegen B hat (positives Vertragsinteresse), so kompensiert er und macht nur noch die Differenz von 10 101,01 Lire plus 2500 Lire entgangener Gewinn (Report) geltend.

Wann die Leistungen zu erfolgen haben, bestimmen die Parteien. In der Regel erfolgen sie Zug um Zug. Da es sich um Errichtung von Guthaben handelt, so wird in der Abmachung genau der Tag angegeben, von welchem an die Partei darüber verfügen kann. Die verpflichtete Partei muß, wenn das Guthaben bei einer fremden Bank ist, diese vom Uebergang benachrichtigen, in dieser Benachrichtigung besteht eigentlich ihre Pflicht. Da es sich um Austausch von Forderungen handelt, so haftet die «zedierende» Partei[30]) für deren Bestand, im Zweifel aber nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Art. 171 O.R. Der Erwerber trägt die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit vom Zeitpunkt an, wo er über den Betrag fremder Währung verfügen kann[31]).

Der Endpunkt des Vertragsverhältnisses ist ebenfalls genau anzugeben; das Devisenreportgeschäft ist ein eigentliches Termingeschäft. Obschon die Devisenreportierung im allgemeinen nicht an der Börse abgeschlossen wird, also nicht ein

---

[30]) Wie noch in § 8 III auf S. 154 f., ausgeführt werden wird, erfolgt der Austausch nicht durch eigentliche Zession, sondern durch Novation durch Begründung neuer Forderungen.

[31]) Devisenreportgeschäft zwischen A in der Schweiz und B in Frankreich in fr. Fr. und Dollars. A weist seinen New Yorker Korrespondenten C an, am 1. August 25 000 Dollars zur Verfügung des B zu halten. Fällt am 1. August C in Konkurs, so trägt B. den Verlust. Ist zwischen A und B abgemacht worden, daß A an den Korrespondenten D des B überweisen soll, so trägt B natürlich nur das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des D. Erst mit der Ueberweisung an D hat A erfüllt.

Börsengeschäft ist, so hat sie nach Ansicht der Praktiker doch den Charakter eines Fixgeschäftes. Wo es an der Börse abgeschlossen wird und als eigentliches Börsentermingeschäft auftritt, fällt es unter die Börsenusanzen. Wie die Effektenreportierung, so steht das Devisenreportgeschäft im Zusammenhang mit andern Geschäften. Der Hineingeber hat u. U. die Devise selber durch einen Darlehensvertrag erhalten und muß sie am festgesetzten Tag zurückgeben. Der Hereinnehmer muß vielleicht an dem Tag eine Zahlung vollziehen, es liegt ihm daran, an diesem Tag über die Devise verfügen zu können. Zudem werden nach Art. 190 O.R., wenn Termine im kaufmännischen Verkehr aufgestellt sind, diese als Fixtermine angesehen. Wenn auch das Devisenreportgeschäft außerbörslich durchgeführt wird, so darf man u. E. doch die Grundsätze des Börsenterminhandels darauf anwenden[32]). Die Termine bei der Devisenreportierung sind daher als Stichtage anzusehen. Wird die Frist nicht eingehalten, so hat der Berechtigte das Recht der sofortigen Exekution.

Da wir das Devisenreportgeschäft als Vertrag bezeichnet haben, durch den Beträge in fremden Währungen umgesetzt werden, und dessen Grundlage der Tauschvertrag bildet, so sind daher in den einzelnen Beziehungen die Kaufvertragsregeln anwendbar, Art. 237 O.R. Aus der Natur des Tausches geht aber hervor, daß die Regeln betreffend Preis nicht Anwendung finden können, da hier von Preis nicht die Rede sein kann; dies spricht Art. 237 O.R. deutlich aus.

Anhang.

Daß außer den in vorliegender Arbeit behandelten Geschäften noch mehr Arten von Devisentransaktionen vorkommen, ist klar. Im folgenden werden nur noch einige Operationen aufgezählt, die auch bei Devisen vorkommen.

Darlehensgeschäfte werden ebenfalls in fremden Währungen abgeschlossen. Eine Bank leistet der andern oder Dritten einen bestimmten Betrag in fremder Währung, sei es gegen

---

32) Das bernische Handelsgericht hat i. S. Riggenbach & Cie. kontra Tschudy das Termindevisengeschäft den Regeln des Börsentermingeschäftes unterworfen. Der Entscheid wurde vom B.G. bestätigt.

Sicherheit oder ohne. Art. 317 O.R. findet keine Anwendung, weil das Darlehen wieder in gleicher Währung zurückerstattet werden muß.

Die an der Effektenbörse häufigen Geschäfte, wie Vor-, Rückprämien, Stellagen, Nochgeschäfte, sind mit Devisen ebenfalls möglich.

Beim Vorprämiengeschäft erhält der Käufer das Recht, vom Vertrag gegen Bezahlung der Prämie zurückzutreten. Das Prämiengeschäft ist daher u. E. ein Termingeschäft, denn der Ausfall der Wahl hängt von der Kursgestaltung ab. An der Effektenbörse werden Vorprämiengeschäfte auf minimal einen Tag abgeschlossen, daneben auf einen halben oder ganzen Monat[1]). Da der außerbörsliche Devisenhandel besonders in der Schweiz eine mindestens ebenso große Rolle spielt wie der an der Börse getätigte, die Kurse nicht nur während der Börsenzeit festgestellt werden und daher den ganzen Tag starken Schwankungen unterliegen, so ist es theoretisch möglich, daß der Prämienkäufer das Wahlrecht nur einen halben Tag hat. Er muß sich noch gleichen Tages während der Bureauzeit entschließen. Der Kurs, zu dem der Käufer beziehen kann, entspricht nicht immer dem gewöhnlichen Kurs, die Differenz zwischen dem eigentlichen Kurs und dem des Prämienkaufs ist der Ecart. In Frankreich spielt im Effektenverkehr der Ecart eine große Rolle, währenddem in Deutschland die Basis regelmäßig der Terminkurs ist[1]). Ueber die rechtliche Natur des Prämiengeschäftes herrscht Streit. Die einen nehmen es als Kauf eines Wahlrechts an; der Käufer muß eine Prämie zahlen, weil er die Wahl hat. Die Prämie muß aber nur bezahlt werden, wenn man vom Vertrag zurücktritt. Wäre die Prämie das Entgelt für ein Wahlrecht, so müßte sie auch bezahlt werden, wenn davon kein Gebrauch gemacht wird, denn die Einräumung des Wahlrechts soll bezahlt werden.

Nach herrschender Meinung liegt ein Kauf mit Rücktrittsrecht vor, wobei die Prämie die Natur eines Reugeldes hat[2]). Diese Meinung scheint uns die richtige zu sein. Art. 158, al. 3, O.R. ist auf das Vorprämiengeschäft nicht anwendbar, da der Verkäufer kein Rücktrittsrecht hat.

---

[1]) Vgl. v. Speyr 8, auch über die Art der Notierung und über die Prämiengeschäfte im allgemeinen. v. Speyr, Bankarchiv 9/62 ff.

[2]) Endemann III 19, Reichesberg II 931, Ehrenberg IV 2/580 ff.

Beim Rückprämiengeschäft hat der Verkäufer das Recht, gegen Bezahlung der Prämie vom Vertrag zurückzutreten. Im übrigen ist das Geschäft rechtlich und wirtschaftlich gleich wie das Vorprämiengeschäft.

Das Stellageschäft ist eine Verbindung von Vor- und Rückprämie. Der Prämienzahler hat das Recht, am Prämien-, Erklärungstag, entweder den Betrag Devisen zu verkaufen oder zu kaufen, dafür zahlt er eine Prämie, die wirtschaftlich aus einer Vor- und Rückprämie besteht[3]). Der rechtliche Charakter des Geschäftes ist streitig. Nach Grünhut[4]) ist das Stellagegeschäft entweder eine Alternativofferte mit vertragsmäßig verabredeter Bedenkzeit für den Wahlberechtigten neben Prämienvertrag, oder, was die Regel sein soll, die alternative Kombination je zweier von einer Suspensiv- und einer Resolutivbedingung desselben Inhalts abhängig gemachter Kaufs- und Verkaufsverträge. Adler[4]) erklärt das Stellagegeschäft als zweiseitig bindender Vorvertrag zu zwei zur Wahl gestellten Verträgen.

Beim Nochgeschäft (Optionsgeschäft) hat der Käufer oder Verkäufer das Recht, das Doppelte oder Mehrfache des Grundvertrages zu kaufen bzw. zu liefern. Es liegt demnach ein fester Kauf, Verkauf vor und der Berechtigte kann noch mehr verlangen oder liefern zu den gleichen Bedingungen. Das Nochgeschäft bildet trotzdem eine Einheit. Das Recht der Nachlieferung wird durch einen Ecart zum gewöhnlichen Kurs erworben. Das Nochgeschäft ist auch im Effektenverkehr selten und im Devisenhandel kommt es kaum vor. Ueber die rechtliche Natur vgl. Endemann III 26, österr. Staatswörterbuch I 618, und Becker, Vorbem. zu Art. 184/86 O.R., Nr. 22.

Schließlich mag nur noch kurz die Bedeutung des Devisenterminhandels betrachtet werden. Die meisten der behandelten Geschäfte sind entweder selber Formen des Terminhandels, oder hängen mit ihm zusammen. Wir wollen ein einfaches Devisentermingeschäft betrachten, das nicht in einer der behandelten Formen abgewickelt wird. Ein Getreideimporteur

---

[3]) Ueber die Notierungsart vgl. v. Speyr 16 ff. und Salings 372.

[4]) Endemann III 22, vgl. österr. Staatswörterbuch I 617. Nußbaum bei Ehrenberg IV 2/583 läßt die Frage als unfruchtbar und nicht praktisch offen. Oser bei Reichesberg II 931 äußert sich auch nicht. Vgl. Becker, Vorbem. zu Art. 184/86 O.R., Nr. 23.

schließt mit einem amerikanischen Lieferanten im Vorsommer einen Kaufvertrag ab, wonach dieser ihm im Herbst Getreide liefern soll, zahlbar bei Ankunft der Ware, d. h. in einigen Monaten. Will der Importeur kein Kursrisiko laufen, so wartet er nicht ruhig die Kursentwicklung des Dollars ab, denn die Kurse können bis zum Herbst stark anziehen. Der Importeur, dem der gegenwärtige Kurs paßt, wird einen Terminkauf mit seiner Bank abschließen. Sie muß ihm in einigen Monaten die Dollars zum Terminkurs, der sich dem Tageskurs anpaßt, liefern. Dies ermöglicht dem Importeur, die Preise zu berechnen und das Getreide zum voraus zu verkaufen. Zudem wird im Herbst größere Nachfrage nach Dollars sein, da alle die Herbstlieferungen bezahlt werden müssen[5]).

Andererseits wird der Exporteur, der in fremder Währung bezahlt wird, auf Termin seine Kaufforderungen verkaufen, dadurch weiß er, was er verdient. Aus diesen zwei Beispielen geht hervor, welche Bedeutung das Devisentermingeschäft für Handel und Industrie hat. Diese einfachen Transaktionen können ebenfalls mit einem Devisenreportgeschäft verbunden werden[6]).

---

[5]) Die gleichen Vorteile kann man auch durch Begründung eines Guthabens in fremder Währung erreichen, nur hat man dabei einen kleinen Zinsverlust, da diese Guthaben nicht gleich gut verzinst werden wie die gewöhnlichen und der Terminkäufer ja erst am festgesetzten Tag die Devisen bezahlen muß.

[6]) Vgl. darüber Reitler 22 ff., insbesondere 31 ff.

Drittes Kapitel.

Allgemeiner rechtlicher Teil.

§ 7. Natur der Devisengeschäfte.

Bei den im speziellen Teil besprochenen Geschäften handelt es sich ohne Ausnahme um sog. Umsatzgeschäfte, Geschäfte, die Objekte des Handels, Sachen, Rechte in den Verkehr bringen, auf andere übertragen, ihnen den vollen oder beschränkten Genuß daran einräumen wollen. In allen betrachteten Verträgen werden Devisen (im weitesten Sinne gebraucht) in den Verkehr gebracht. Dem Vertragsgegner wird das Eigentum daran überlassen. Die rechtliche Form, in der diese Umsatzgeschäfte hauptsächlich auftreten, ist die des Kaufvertrages, sei es in reiner, einfacher Gestalt, oder mit andern Kaufverträgen wirtschaftlich oder rechtlich zu einer Einheit zusammengefaßt. Immer handelt es sich um zweiseitige onerose Verträge; beide Parteien haben Leistungen zu prästieren. Sogar da, wo es sich um eigentliche obligationes bilaterales inäquales handelt, wie beim Auftrag, dürfen wir regelmäßig einen gegenseitigen onerosen Vertrag annehmen, denn im Handelsverkehr ist eine Entschädigung auch beim Auftrag üblich. Art. 394, al. 3, O.R. Leistung und Gegenleistung stehen bei unserer Art von Geschäften in dem Sinn in großer Abhängigkeit zu einander, daß die Leistungen ohne Verzug zur richtigen Zeit ausgeführt werden sollen. Im allgemeinen handelt es sich um Leistung Zug um Zug. Es stellt sich daher die Frage, ob Devisengeschäfte, ganz abgesehen von der Vertragsart, Fix- oder gewöhnliche Mahngeschäfte sind.

Nach Art. 108, Ziff. 3, O.R. liegt ein Fixgeschäft vor, wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, daß die Leistungen genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen sollen. Liegt dies vor, so braucht

der Gläubiger, wenn der Schuldner nicht zu rechter Zeit leistet, nicht gemäß Art. 107 O.R. vorzugehen; es ist keine Fristansetzung nötig, er kann ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten oder auf die Leistung verzichten und daneben Schadenersatz verlangen. Im kaufmännischen Verkehr wird bei Fristansetzung das Vorliegen eines Fixgeschäftes vermutet und ebenso der Rücktritt, Art. 190 O.R. Zu unterscheiden ist das Fixgeschäft vom gewöhnlichen Vertrag mit Verfalltag, Art. 102, al. 2, O.R. Bei diesem letztern Vertag kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug und muß die Verzugsfolgen tragen. Daher muß, wenn in einem Vertrag ein bestimmter Tag festgesetzt worden ist, noch untersucht werden, ob ein Stich- oder bloßer Verfalltag gemeint sei.

Aus der Natur des Geschäftes oder aus dem Vertrag muß sich die Absicht der Parteien, ein Fixgeschäft abzuschließen, ergeben. Es brauchen aber nicht Ausdrücke, wie «präzis», «spätestens» im Vertrage zu stehen, es genügt, wenn die Art des Geschäftes ein Fixgeschäft voraussetzt[1]). Statt eines Lieferungstermins kann auch ein Absendetermin festgesetzt sein, dies schließt ein Fixgeschäft nicht aus[2]), obschon Art. 190 O.R. ausdrücklich nur von Lieferungstermin spricht. Art. 190 O.R. will den Umfang des Fixgeschäftes für den kaufmännischen Verkehr keiner Einschränkung unterwerfen, sodaß die Bezeichnung «Lieferungstermin» den Absendetermin nicht ausschließen will. Wenden wir uns den Umständen zu, die ein Fixgeschäft vermuten lassen. Da das Fixgeschäft strengeren Regeln für die Erfüllung unterliegt, so darf sein Vorliegen nur angenommen werden, wenn der Wille der Parteien klar zutage tritt, oder wenn die sonstigen Umstände die Anwendung eines Fixgeschäftes dringend verlangen. Das Schweizer O.R. nimmt an, daß angesichts der eigenartigen Verhältnisse des Handels die Absicht der Parteien bei Festsetzung eines Termins regelmäßig auf den Abschluß eines Fixgeschäftes geht. Liegen bei Nichtkaufleuten ebenfalls diese Verhältnisse vor, so kann man in Verbindung mit den Parteiabreden auch auf ein Fixgeschäft schließen.

---

[1]) Es handelt sich z. B. um Saisonartikel, Börsengeschäfte; vgl. Cosack 130, Oser 108 O.R., Nr. IV 3b, Becker 108 O.R., Nr. 9, B.E. 45 II 438.

[2]) Pra. 5/7.

Der Kaufmann sucht im allgemeinen seine schwebenden Rechtsgeschäfte möglichst rasch zu liquidieren, er liebt es nicht, lange Zeit im ungewissen über die Haltung des Gegenkontrahenten zu sein. Da es sich regelmäßig um Kauf von Waren handelt, um sie in gleichem Zustand oder verfeinert weiter zu verkaufen, so muß er mit einem bestimmten Lieferungstag rechnen dürfen, da vielleicht einige Zeit später eine große Preisschwankung eingetreten sein oder sich die Mode geändert haben könnte. Zudem soll vermieden werden, daß der Gegenkontrahent, gestützt auf seine Säumnis, auf Kosten des Käufers spekulieren kann. Außerdem handelt es sich um Gattungssachen, die der Käufer von dritter Seite ebenfalls kaufen kann und die andererseits auch vom Verkäufer weiter verkauft werden können. Die bestellten Waren sind nicht individualisiert, der Verkäufer hat ihnen kein besonderes Gepräge gegeben, sodaß jeder Kaufmann dieser Branche die Ware ohne weiteres erwerben kann. Die Ware wird nicht um ihretwillen gekauft, sondern der Käufer will mit diesem Geschäft einen bestimmten Gewinn erzielen. Dies kann er aber nur, wenn er damit rechnen darf, die Waren an dem festgesetzten Tag zu erhalten, schon, wie erwähnt, der Preise und der Mode wegen. Aus diesen Gründen nimmt das O.R. an, daß, wenn im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungs- oder Absendetermin abgemacht wird, im Zweifel ein Fixgeschäft vorliegt.

Das deutsche Recht kennt diese Präsumption für den kaufmännischen Verkehr nicht. Wir wollen zunächst untersuchen, ob die Gründe, die zur Sonderordnung im kaufmännischen Verkehr geführt haben, vielleicht bei den Devisengeschäften auch vorliegen, sodaß wir, ohne Rücksicht darauf, ob das Geschäft im kaufmännischen Verkehr durchgeführt wurde, sagen könnten, Devisengeschäfte sind in der Regel Fixgeschäfte.

Die Devisen (im weitesten Sinn des Wortes) werden im Verkehr wie Waren behandelt. Es ist dem Käufer im allgemeinen gleich, bei welcher Bank er über den Betrag verfügen kann, auf welche der Check gezogen wird. Hauptsache für ihn ist, daß er an einem bestimmten Tag über eine Summe in fremder Währung verfügen kann. Da die Devisen großen Kursschwankungen unterworfen sind, so hat der Erwerber der Devisen ein Interesse daran, sie am festgesetzten Tag in seiner Verfügungsgewalt zu haben, da er sonst u. U. große

Verluste erleiden kann. Die eigentlichen Devisengeschäfte verlangen aber auch eine rasche Liquidation, da, je länger sich der Schwebezustand des Verhältnisses hinausschiebt, es um so verwickelter und eventuell verlustreicher wird. Natur und Charakter der Devisen stehen der Behandlung der Devisengeschäfte als Fixgeschäfte nicht entgegen. Es muß aber u. E. noch ein weiteres Moment hinzu kommen. Bei den Warenkäufen im kaufmännischen Verkehr will der Käufer die Waren nicht behalten, er will sie weiter in den Verkehr bringen, um daraus Gewinn zu ziehen; der Umsatz von Waren bildet seine Erwerbstätigkeit.

Dieses Moment muß nun auch bei den Devisengeschäften vorliegen. Sobald jemand zu Spekulationszwecken fremde Devisen kauft, um aus dem Wiederverkauf Gewinn ziehen zu können, und ist das dem Gegenkontrahenten bekannt, oder sollte ihm doch bekannt sein, so weiß er, daß der festgesetzte Lieferungstermin für den Käufer große Bedeutung hat, daß dieser bestimmt auf Erfüllung an diesem Tag rechnen muß. In einem solchen Fall darf ein Fixgeschäft angenommen werden[3]).

Aber noch in einem andern Fall muß ein Fixgeschäft angenommen werden. Der Käufer benutzt die Devise oft, um seinen Verpflichtungen aus einem internationalen Handelsgeschäft nachkommen zu können, das vielleicht selber ein Fixgeschäft ist, sodaß er bei nicht rechtzeitiger Zahlung schadenersatzpflichtig wird und die Kursschwankungen und andere Nachteile tragen muß. Ein Schweizer Kaufmann hat z. B. in Deutschland für eine Summe von X Mark Saisonartikel gekauft auf Grund eines Fixgeschäftes. Am Tage der Ablieferung (Absendetermin), am 5. April, soll der Kaufpreis auf einer Berliner Bank zur Verfügung des Verkäufers gehalten werden. Der Schweizer Kaufmann erwirbt bei seiner Schweizer Bank die Mark und läßt sie auf die Berliner Bank übertragen. Er gibt seiner Bank die nötigen Weisungen und Belege, sie weiß, daß das zu Grunde liegende Geschäft ein zweiseitiges Fixgeschäft ist. Aus Versehen kommt die Schweizer Bank ihren Verpflichtungen nicht nach und der Berliner Kaufmann benützt die Gelegenheit und tritt vom Vertrag zurück, da die Preise sprunghaft in die

[3]) Das bernische Handelsgericht hat mit Recht die Devisengeschäfte analog den Börsentermingeschäften behandelt. Zeitschr. des b. J. V. 59/43.

Höhe gegangen sind. Der Schweizer Kaufmann kann sich gegenüber der Schweizer Bank zur Not auf Art. 108, Ziff. 2, O.R. stützen, die Leistung sei nutzlos geworden. U. E. liegt aber zwischen der Schweizer Bank und dem Kaufmann ein Fixgeschäft vor; bis zum 5. April hätte die Leistung spätestens bewirkt werden sollen. Er kann daher ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten und Schadenersatz verlangen[4]).

Dem Verkäufer, ganz abgesehen davon, ob er für sich auch die Rechte eines Fixgeschäftes beanspruchen kann, stehen die Rechte des Art. 214 O.R. zu. Beim Pränumerandokauf und beim Kauf Zug um Zug wird die Verpflichtung des Käufers, den Preis zu bezahlen, als Fixgeschäft betrachtet; das Gesetz geht wohl von der Ansicht aus, daß der Käufer sich immer Geld verschaffen kann. Da der Besitz, mit Ausnahme der Grunddienstbarkeiten und Grundlasten, nur Sachbesitz ist, so ist Art. 214, al. 3, nur bei Kauf von Valuten, Wechseln und Checks von Bedeutung. Bei Forderungen kann keine tatsächliche Gewalt im Sinn eines Besitzes ausgeübt werden. Dem ist aber gleichzustellen, wenn die Forderung auf den Namen des Käufers bei einem Dritten begründet worden ist. In diesem Fall hat der Käufer die Verfügungsmacht und al. 3 des Art. 214 O.R. muß anwendbar sein. Die Uebergabe Zug um Zug ist aber nicht zu streng zu nehmen. Der Verkäufer darf u. E. ohne Beeinträchtigung seiner Rechte auch beim Kauf Zug um Zug eine kleine, angemessene Frist dem Käufer zur Beschaffung der Zahlungsmittel einräumen, denn darin liegt noch keine Stundung des Kaufpreises[5]). Art. 214, al. 1 und 3 behandeln die beiden Arten des Kaufs und ihre Rücktrittsmöglichkeit, Barkauf und Kreditkauf. Beim Kreditkauf ist nach al. 3 der Rücktritt ohne besonderen Vor-

[4]) War das Verhältnis zwischen Bank und Klient ein Auftragsverhältnis, so braucht der Klient nur den Auftrag zu widerrufen; die Bank kann sich nicht auf Art. 404, al. 2, berufen, denn sie hat den Widerruf durch ihr vertragswidriges Verhalten herbeigeführt.

[5]) Gl. M. Becker, Art. 214 O.R., Nr. 2, und Oser, Art. 214 O.R., Nr. 3. Die Formulierung Osers scheint etwas zu allgemein gehalten zu sein, denn der Verkäufer soll sich seine Rechte wahren, und stundet er durch konkludente Handlung oder Stillschweigen den Kaufpreis, so begibt er sich dabei seiner Rechte. Dies ist keine Ungerechtigkeit, denn das Rechtsleben pflegt noch in anderer Weise Rechtsverluste an die Untätigkeit des Berechtigten zu knüpfen, z. B. Verwirkung, Verjährung.

behalt unmöglich. Die Fälle von al. 1 können ebenfalls unter al. 3 fallen, wenn in dem nicht sofort geltend gemachten Rücktritt eine Stundung liegt.

Dem Barkauf ist nach der Praxis gleichgestellt der Kauf gegen Uebergabe von Wechseln, Akzepten, ebenso muß der Kauf gegen Akkreditiv als Barkauf gewertet werden[6]). Das Akkreditieren soll im internationalen Verkehr den Kauf Zug um Zug ermöglichen; es ist hauptsächlich während des Krieges allgemein aufgekommen, wo die Parteien einander nicht Vertrauen schenkten, die ungenügende Produktion den Verkäufer von Waren in eine Vorzugsstellung brachte und ihn von der Einräumung von Krediten entband. Es mußte durchwegs komptant bezahlt, vor Lieferung der Waren das Bankakkreditiv gestellt werden.

Wir kommen daher zum Schluß, daß bei Devisengeschäften mit Fristansetzung, abgesehen vom kaufmännischen Verkehr, ein Fixgeschäft vorliegt, wenn der Verkäufer weiß, oder wissen sollte, daß der Käufer die Devisen zu Spekulationszwecken kauft, um daraus Gewinn zu ziehen, oder wenn er selber die Devisen zum Abschluß eines Fixgeschäftes braucht.

Im kaufmännischen Verkehr wird bei Fristbestimmung ein Fixgeschäft vermutet. Nicht nur beim Verkehr von Banken untereinander oder mit Kaufleuten, die für ihre Handelsgeschäfte Devisen benötigen, liegt kaufmännischer Verkehr vor, sondern auch, wenn der Klient, ohne Kaufmann zu sein, Devisen zum Wiederverkauf erworben hat, wenn er sich der Devisenspekulation hingibt. Damit kaufmännischer Verkehr vorliegt, brauchen nicht beide Parteien Kaufleute zu sein[7]).

Wo an einem Ort eine Börse besteht, so ist es richtig, wenn die Devisengeschäfte mit Terminfestsetzung nach den

---

[6]) Zeitschr. d. b. J. V. 49/292 B.E. 32 II 458. Gl. M. Steiner 13. Bl.Z.R. 18, Nr. 55. B.E 44 II 410. Die Zahlung und die Bestellung des Akkreditivs dürfen aber nicht einander gleichgestellt werden. Letztere ist keine Zahlung und es wäre folglich eine Nachfrist notwendig. Art. 107 O.R.: der Handelsverkehr sieht aber die Bestellung des Akkreditivs als Fixgeschäft an. Vgl. Steiner 62. Legt der Verkäufer die Dokumente vor und wird dann wegen Fehlen des Akkreditivs nicht bezahlt, so ist der Käufer in Zahlungsverzug und der Verkäufer kann vom Recht des Art. 214 O.R. Gebrauch machen.

[7]) Becker, Art. 190 O.R., Nr. 3; Oser, Art. 190 O.R., Nr. II; Fick, Art. 190 O.R., Nr. 4.

Bestimmungen über die Termingeschäfte behandelt werden. Die darauf bezüglichen Usanzen und Bestimmungen geben an, bis zu welcher Zeit des betreffenden Tages erfüllt werden muß und bis wann ein Deckungskauf ausgeführt werden kann[8]).

Was die eigentlichen Kassageschäfte ohne Festsetzung einer Frist anbelangt, so stellen die Banken in der Regel auf eine Usanz ab, die aber nirgends niedergelegt und starken Aenderungen während und nach dem Krieg unterworfen ist. Sie stehen im allgemeinen auf dem Boden eines einfachen Mahngeschäftes. Es seien hier in Kürze diese sog. Usanzen erwähnt:

Auf dem Platz Zürich werden Mark, österreichische Kronen und Westdevisen in der Regel mit dreitägiger Wertstellung gehandelt. Innert 2—3 Tagen nach Vertragsschluß soll das Geschäft liquidiert sein. Ostdevisen werden je nach Vereinbarung 5—10tägig gehandelt[9]). Das Bundesgericht, das einen solchen Fall zu entscheiden hatte, neigte zu der Ansicht, daß nach den Regeln und Umständen, die den Verkehr in Devisen beherrschen, ein Fixgeschäft vorliegen könnte; es wies daher die Sache an die Vorinstanz zu neuer Untersuchung zurück. Ist der Gegenkontrahent in Verzug, so wird ihm regelmäßig eine Frist angesetzt und die Exekution in 1—3 Tagen angedroht. Die Regelung entspricht im allgemeinen den Usanzen der Zürcher Börse für Abschlüsse «in einigen Tagen lieferbar», wo man innert fünf Börsentagen, vom Abschluß an gerechnet, liefern muß. Eine Exekution kann erst am sechsten Tag erfolgen und man muß zuerst mahnen[10]).

In Berlin müssen bei Komptantgeschäften Devisen, die zur amtlichen Notiz verkauft wurden, bereits am zweitnächsten Tag geliefert werden. Die Exekution erfolgt erst nach einer Mahnung, zudem müssen Verzugszinse bezahlt werden, mindestens 1% über dem offiziellen Bankdiskont. In Frankfurt besteht die gleiche Regelung; auch die übrigen Bankplätze Deutschlands haben entsprechende Usanzen[11]).

---

[8]) Vgl. § 6 der Usanzen der Zürcher Effektenbörse. Zürcher Handbuch 41: Erfüllung bis spätestens 9½ Uhr vormittags. § 5 der Usanzen der Basler Börse und § 8 des allgemeinen Reglementes für den Effektenverkehr an der Basler Börse. § 15 d. Us. d. Frkf. Börse.

[9]) Vgl. auch B.E. 45 II 438.

[10]) § 4 der Usanzen. Zürcher Handbuch 41.

[11]) Diese Bestimmungen galten noch im Frühling (April) 1923, sie

In London muß je nach der behandelten Devise in 2, 3 und 7 Tagen die Lieferung erfolgen und in Paris in 3 oder 7 Tagen und in 14 Tagen für Dollar courrier.

In Mailand wird im Verkehr mit Korrespondenten in der Schweiz, Cable, zweitägige Ausführung verlangt. Bei Verzug erfolgt die Liquidation durch das Börsensyndikat, syndicat de bourse. In Amsterdam bestimmen sich die Lieferungsfristen, wie auf den übrigen Plätzen, nach der gehandelten Devise.

Die Banken behandeln die Komptantgeschäfte regelmäßig als Mahngeschäfte. Es werden aber kürzere Fristen festgesetzt, nach deren Ablauf sofort zur Liquidation geschritten wird. Im übrigen haben sie das Bestreben, ihre Klienten individuell zu behandeln und je nachdem rascher und rücksichtsloser vorzugehen.

§ 8. Mängel im Vertragsschluß, Differenzeinwand.

Die großen Kursschwankungen der Devisen verlangen einen raschen Geschäftsabschluß. Kann der Vertrag nicht sofort abgeschlossen werden, so fällt vielleicht die Möglichkeit des Geschäftes dahin, oder es müssen doch ganz andere Bedingungen eingegangen werden. Daher werden die Devisenoperationen meistens durch telephonischen oder telegraphischen Verkehr getätigt. Dies bringt die Gefahr mit sich, daß viel eher Mißverständnisse, Irrtümer entstehen, als beim persönlichen oder brieflichen Verkehr.

I. Telephonischer Verkehr.

a) Die telephonischen Abmachungen werden im O.R. als Verhandlungen inter praesentes behandelt. Art. 4, al. 2, O.R. Da die beiden Kontrahenten oder ihre Vertreter einander nicht gegenüberstehen, so weiß keiner mit Sicherheit, ob er mit dem eigentlichen Kontrahenten oder dessen bevollmächtigten Vertreter spreche. Besonders bei Banken, wo die Prokuristen im allgemeinen nur die Kollektivprokura haben, können sich

---

dürften seitdem starke Veränderungen erlitten haben. Nach § 14 der Usanzen der Frankfurter Börse wären die Komptantgeschäfte in Wechseln, Geldsorten Fixgeschäfte. Frkf. Börsenhandbuch 94. Für die Berliner Börse vgl. Swoboda 166 ff.

Schwierigkeiten daraus ergeben, indem der eine allein die Bank nicht vertraglich verpflichten oder berechtigen kann. Im Bankverkehr wird der telephonische Abschluß eines Vertrages seitens eines Kollektivprokuristen in der Regel immer von der Bank anerkannt werden; dies verlangt schon Treu und Glauben im Verkehr. Aber auch aus rechtlichen Gründen müßte die Bank die Handlungen ihres Kollektivprokuristen anerkennen. Ist der Prokurist ermächtigt, Devisengeschäfte abzuschließen und zwar auch durch das Telephon, so wurde im gewissen Sinn durch dieses Vorgehen der Bank die Beschränkung der Prokura, die im Erfordernis der Kollektivunterschrift[1]) liegt, aufgehoben. Der Cambist, der Devisenarbitrageur, ist ermächtigt, allein und selbständig rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben, soweit diese Geschäfte in sein Ressort fallen. Man darf nicht etwa sagen, der Vertrag sei erst mit der schriftlichen Bestätigung abgeschlossen worden, das Schreiben trägt zwei Unterschriften, es kommt ihm aber kein anderer rechtlicher Charakter zu, als der einer einfachen Bestätigung[2]). Der Vertrag ist durch das Telephongespräch abgeschlossen worden.

Das gleiche gilt ebenfalls für den gewöhnlichen Kaufmann. Sobald einer seiner Angestellten oft durch das Telephon Verträge bestimmter Art abschließt, so darf der Dritte annehmen, daß der Angestellte vom Prinzipal dazu ermächtigt worden sei, und der Geschäftsherr darf nicht für Verträge, die für ihn nicht günstig ausgefallen sind, die Verantwortung ablehnen. Außerdem haftet der Geschäftsherr für allen Schaden, den die Angestellten in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen

---

[1]) Art. 460 O.R. Der Kollektivprokurist hat dann die Stellung eines Handlungsbevollmächtigten (Art. 462 O.R.) im Umfang der in seinem Ressort vorkommenden Geschäfte. Im übrigen kommen ihm gleichwohl die Kompetenzen eines Kollektivprokuristen zu. Er kann immer noch unter Mitwirkung eines andern Kollektivprokuristen Geschäfte im Sinn des Art. 459 O.R. abschließen. Vgl. Art. 459 gegenüber Art. 462 O.R. Gl. M. Staub, § 48 H.G.B., Nr. 13 und 14, R.G. 48/58.

[2]) Die Zustimmung des andern Prokuristen kann zwar auch vorher oder nachher geschehen. Die Kollektivprokuristen brauchen nicht gleichzeitig zu handeln. Staub, § 48 B.G.B., Nr. 10, Anh. zu § 58 H.G.B., Nr. 30; Cosack 102; Oser, Art. 460 O.R., Nr. 2d; Fick, Art. 460 O.R., Nr. 10; B.E. 35 II 614. Die Zustimmung kann auch stillschweigend, durch konkludente Handlung erfolgen. Vgl. die zitierten Autoren und Hättenschwiller 293. In dem Bestätigungsschreiben könnte daher die nachträgliche Zustimmung des andern Kollektivprokuristen erblickt werden.

Dritten verursachen, Art. 55 und 101 O.R. Genehmigt der Geschäftsherr den abgeschlossenen Vertrag nicht, so haftet der Angestellte dem Gegenkontrahenten gemäß Art. 39 O.R. für das negative Vertragsinteresse und der Prinzipal haftet u. E. dem Dritten gemäß Art. 55 O.R. für diesen Betrag. Denn der Angestellte hat innerhalb seiner dienstlichen, geschäftlichen Verrichtungen gehandelt, als er das Telephongespräch mit dem Dritten geführt hat, nur hätte er diesem vom Fehlen der Kompetenz zum Abschluß von Verträgen solcher Art Kenntnis geben sollen[3]). Er haftet ihm daher für den daraus entstandenen Schaden, ebenso der Geschäftsinhaber, dem aber die Exkulpation offen steht. Das Bundesgericht hat in seiner neuesten Praxis nicht mehr das Verschuldens-, sondern das Gefährdungsprinzip angewandt. Der Prinzipal kann sich nicht mehr von der Haftung durch den Nachweis befreien, daß er die nötige Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden dieser Art zu verhindern, sondern er muß alle nach den Umständen gebotenen Vorsichtsmaßregeln ergriffen haben, ohne Rücksicht ob beim Unterlassen dieser Maßnahmen ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Es liegt demnach eine Zufallshaftung vor, gemildert durch die Entlastungsmöglichkeit[4]).

Für die Entgegennahme von empfangsbedürftigen, rechtserheblichen Erklärungen gilt das Obengesagte ebenfalls. Durch die Einführung des telephonischen Verkehrs hat sich der Geschäftsinhaber im Zweifel dazu verpflichtet, Mitteilungen durch das Telephon entgegenzunehmen; er muß daher auch dafür sorgen, daß in seiner Abwesenheit geschäftliche Mitteilungen von seinen Angestellten an ihn weiter geleitet werden. Es ist jeder Beamte, Angestellte des betr. Ressorts prinzipiell zur Entgegennahme von solchen Mitteilungen berechtigt und die Erklärung ist in dem Moment erfolgt, wo sie dem Angestellten mitgeteilt worden ist.[5]).

---

[3]) Natürlich gilt das nicht für jeden beliebigen Angestellten des Kaufmanns; der Telephonierende muß sich an einen Prokuristen oder andern, diesem Ressort vorstehenden Angestellten wenden.

[4]) B.E. 45 II 85 = Pra. 10 Nr. 162.

[5]) Gl. M. Reichsgericht 61/125, 102/205. R.G. in Seuff. Arch. 77 (22 d. 3. F.), Nr. 150. Baur § 11. Gl. M. ist das B.G. für den brieflichen Verkehr (B.G. 32 II 286). Es kommt im allgemeinen nicht darauf an, auf welche Weise die Mitteilung übermittelt wird.

Es ist uns nur ein gerichtlich entschiedener Fall bekannt, wo eine Bank oder ein kaufmännisches Unternehmen eine Abmachung durch einen Kollektivprokuristen oder Angestellten vermittelst des Telephons nicht anerkannt hätte, so daß dieser Punkt keine große praktische Bedeutung hat[6]).

b) Wichtiger sind im telephonischen Verkehr Mißverständnisse, Irrtümer. Aus der räumlichen Entfernung, die durch elektrische Energie überbrückt wird, ergeben sich Schwächen und Schwierigkeiten des Telephons, die auf die Klarheit des Hörens und Verstehens der gegenseitigen Erklärungen Einfluß haben können. Trotz dieser Unvollkommenheit des Telephons darf man nicht schlechtweg denjenigen, der sich des Telephons bedient, für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich machen. Es soll zuerst der Fall eines Mißverständnisses behandelt werden und dann die gewöhnlichen Irrtumsfälle.

1. Die Bank A in Zürich will telephonisch der Bank B in Basel 10000 £ verkaufen, diese versteht k a u f e n und ist mit den Bedingungen einverstanden. Sie deckt sich sofort ein zu einem günstigen Kurs, bevor die Bestätigung erfolgt. Aus dem Bestätigungsschreiben geht hervor, daß die Bank B in Basel nicht Verkäuferin ist, sondern Käuferin. Es liegt in diesem Fall versteckter Dissens vor und es ist folglich gar kein Vertrag zustande gekommen[7]). Wer muß nun den Schaden tragen, den B erleidet, wenn sie die £ nicht mehr zum gleichen Kurs verkaufen kann, wie sie gekauft hat? Da kein Vertrag zustande gekommen ist, so hat prinzipiell jede Partei den Schaden selbst zu tragen, außer sie könne der andern Partei ein Verschulden nachweisen, das diese haftbar macht.

---

[6]) Hättenschwiller 292 ff. Das B.G. hat mit Stichentscheid das Zustandekommen eines Vertrages verworfen. Es handelte sich aber nicht um ein Geschäft, das der Kollektivprokurist regelmäßig allein ausführt, wie dies bei Devisengeschäften gewöhnlich der Fall ist, sodaß der Entscheid des B.G. nicht gegen die in dieser Arbeit vertretene Ansicht spricht. Die Ansicht der Minderheit des B.G. scheint gerechtfertigter zu sein; sie nahm stillschweigend Zustimmung des andern Kollektivprokuristen an, da Treu und Glauben eine Antwort auf das Bestätigungsschreiben verlangten. Gl. M. Hättenschwiller.

[7]) Oser, Art. 1 O.R., Nr. IV. 1a β. Becker, Art. 23 O.R., Nr. 3.

Art. 41 O.R.[8]); dies wird aber bei Mißverständnissen sehr schwer sein. Schon während den Vertragsverhandlungen besteht für die Parteien eine Pflicht, einander in gewissem Umfang Auskunft zu erteilen. Das Maß hängt von den Umständen des einzelnen Falles, von der Natur des abzuschließenden Vertrages ab[9]). Die Anwendung der culpa in contrahendo auf Fälle vorliegender Art wird eine Seltenheit sein.

Besonders von Wichtigkeit sind solche Mißverständnisse bei Auftragsausführungen. Damit der Vertrag über die Beauftragung auch wirklich zustande kommt, genügt es nicht, daß die Parteien einig sind, ein Auftragsverhältnis einzugehen, sondern sie müssen sich auch einigen über Art und Umfang des Auftrages. Erfolgt in diesen Punkten kein Einvernehmen oder nur ein scheinbares, so ist kein Vertrag zustande gekommen, denn der Auftrag ist kein abstraktes Vertragsgebilde, er beruht notwendigerweise auf konkreten Tatsachen und Aufgaben. Wollte die Bank bei Aufträgen sicher gehen, so müßte sie immer die Bestätigung des Auftrages abwarten, was bei Devisengeschäften aber für den Auftraggeber sehr nachteilig sein kann, da bis zum Einlangen der Bestätigung der Kurs sich zu Ungunsten des Klienten geändert haben kann. Andererseits laufen die Banken die Gefahr, daß bei sofortiger Ausführung des Auftrags der Auftraggeber seinen Pflichten nicht nachkommen will, da wegen Mißverständnis gar kein Vertrag zustande gekommen sei. Viele Banken, besonders ausländische, lehnen daher in ihren Bedingungen die Haftung für Irrtümer bei telephonischen Abschlüssen ab.

Durch eine solche Stipulation kann u. E. die Bank den Klienten auf keinen Fall zwingen, den Vertrag aufrecht zu erhalten; dies wäre eine allzu große Bindung. Der Klient würde sich ja damit verpflichten, auch wenn gar kein Vertrag zustande gekommen ist, einer Abmachung vertragliche Wirkungen zuzuerkennen. Man darf daher die Stipulation der Bank nur in dem Sinn auffassen, daß der Bankkunde ihr den Schaden, der aus dem Nichtzustandekommen des Vertrages resul-

---

[8]) Dolus vel culpa in contrahendo; für einzelne Fälle wurde diese Haftung im O.R. vorgesehen, z. B. Art. 39, 54 O.R. Vgl. Melliger 62 ff.; v. Tuhr II 1 488; B.E. 35 II 308, 36 II 203; Oser, Art. 20, Nr. II 4b.

[9]) v. Tuhr a. a. O.

tiert, ersetzt und das ist das negative Vertragsinteresse[10]). Der Bankkunde kann daher den Nichtabschluß des Vertrages geltend machen, wird der Bank aber für den daraus entstehenden Schaden ersatzpflichtig. Auf alle Fälle aber darf er von der Bank nicht Innehalten des Vertrages, wie er ihn aufgefaßt haben will, verlangen[11]).

Eine Schweizer Großbank verlangt von ihren Klienten bei Devisentransaktionen, die durch das Telephon abgeschlossen werden, sofort eine telegraphische Bestätigung, da der großen Kursschwankungen wegen eine briefliche, mehr Zeit beanspruchende Wiederholung des Auftrages für beide Parteien mit Verlust verbunden sein kann. Unterläßt der Klient die telegraphische Bestätigung oder erfolgt sie nicht sofort, so lehnt die Bank jede Verantwortung ab. Auch in einem solchen Fall ist der Vertrag, der fehlenden gegenseitigen übereinstimmenden Willenserklärung wegen, nicht zustande gekommen, und der Bankkunde braucht den vermeintlichen «Vertrag» nicht anzuerkennen. Der Klient hat aber der Bank gegenüber die Pflicht der telegraphischen Bestätigung auf sich genommen; es ist dies eine ausdrücklich stipulierte Pflicht, die für das Verhältnis, das zwischen den Parteien während der Verhandlungen besteht, gilt. Kommt er ihr nicht nach, so haftet er der Bank für den Schaden, der aus der Nichtbeachtung erfolgt. Der Schaden besteht auch hier im negativen Interesse, denn wäre die telegraphische Bestätigung erfolgt, so hätte die Bank den Auftrag versteckten Dissenses wegen nicht ausgeführt, oder dann auftragsgemäß. Ihr Vertrauen, der Vertrag sei richtig zustande gekommen, wurde getäuscht und der Klient muß diesen

---

[10]) A. M. das Kammergericht V, Zivilsenat, 3. IX. 1914: Bankarchiv 14/67: «Der Klient darf der Bank gegenüber eine mißverstandene telephonische Willenserklärung nicht anfechten, wenn die Geschäftsbedingungen einen generellen Verzicht enthalten.» Hat ein Klient einen solchen Verzicht unterschrieben, was eine sehr große Bindung ist, da ja die Konsequenzen nicht überblickt werden können, so glauben wir dennoch kaum, daß unter diesen Umständen der Vertrag innegehalten werden muß. Wird aber nur die Haftung abgelehnt, so hat man auf alle Fälle nicht auf das Anfechtungsrecht verzichtet, ist der Bank gegenüber nur schadenersatzpflichtig. Im Grund ist aber gar keine Anfechtung im rechtlichen Sinn nötig, da gar kein Vertrag zustande kam; es handelt sich eher um stillschweigenden Consens, wenn man den Vertrag innehalten will.

[11]) Gl. M. R.G., D.J.Z. 22/898.

Vertrauensschaden ersetzen, denn er hat ihn durch die Nichtbeachtung der übernommenen Pflichten verursacht.

Besteht der versteckte Dissens im Mißverstehen von Zahlen, und ist der Unterschied der beiden Zahlen noch so klein, so ist dennoch kein Vertrag zustande gekommen, denn es steht eine offensichtliche Diskrepanz zwischen den beiden Erklärungen, die nicht bemerkt wird. Die Gegenpartei könnte allenfalls die Einrede des Rechtsmißbrauchs, Art. 2 Z.G.B., erheben. Will dann die eine Partei den Vertrag gleichwohl halten, wie ihn die andere verstanden hat, so liegt ein neuer Vertragsschluß vor, wobei bei Formbedürftigkeit die Form wieder innegehalten werden müßte.

Im allgemeinen versuchen die Banken bei solchen Mißverständnissen eine gütliche Auseinandersetzung unter Aufrechterhaltung des Geschäftes, wobei Schaden oder Vorteil hälftig geteilt werden. Daneben steht es den Banken frei, den das Telephon benutzenden Klienten für einen allfälligen Schaden verantwortlich zu machen, der Bankkunde muß aber Kenntnis von dieser Bedingung haben.

2. Es besteht kein versteckter Dissens, keine Diskrepanz zwischen den beiden Erklärungen, sondern eine solche zwischen Willen und Erklärung einer Partei; es liegt demnach der Fall eines wirklichen Irrtums vor. Die sich irrende Partei kann den Vertrag nur anfechten, wenn ein erheblicher Irrtum besteht, Art. 23 ff. O.R. Hat sie z. B. kaufen statt verkaufen gesagt, so kann der Vertrag nach Art. 24, Ziff. 1, O.R. angefochten werden, da sie in Wirklichkeit einen andern Vertrag abschließen wollte, als den, für den sie die Einwilligung gab. Verspricht sich eine Partei bei der Angabe des zu kaufenden oder verkaufenden Betrages, so kann sie den Vertrag nach Art. 24, Ziff. 3, O.R. anfechten, wenn ein erheblicher Unterschied zwischen der aufgegebenen, versprochenen Leistung und der gewollten Leistung besteht[12]). Damit aber der Irrtum gel-

[12]) Man könnte versucht sein, aus der Art und Weise der Redaktion der Ziff. 3 zu folgern, daß nur der Fall, wo man sich zu einer erheblich größern Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung verpflichtet hat oder eine kleinere Gegenleistung beansprucht, unter Art. 24, Ziff 3, O.R. fällt. Dieser Fall wird zwar auch in der Praxis der häufigste sein. Vgl. die Entscheide bei Fick, Art. 24 O.R., Nr. 20/25; Becker, Art. 24 O.R., Nr. 8. Dies

tend gemacht werden kann, muß ein erheblicher Unterschied bestehen, es soll nicht wegen Bagatellen ein Vertrag nicht anerkannt werden. Der Unterschied muß sowohl relativ als absolut erheblich sein[13]); z. B. würde kein erheblicher Unterschied bestehen zwischen 55 000 und 50 000 fr. Fr., in einem solchen Fall müßte der Vertrag wohl gehalten werden.

Hat der Irrende den Irrtum seiner Fahrlässigkeit zuzuschreiben, so muß er auch ohne besondere vertragliche Abmachung der Gegenpartei den Schaden aus dem Dahinfallen des Vertrages ersetzen. Art. 26 O.R. Aus dem Bestreben des Gesetzgebers, die Berufung auf Irrtum möglichst einzuschränken und nur bei Erheblichkeit zuzulassen, und aus der event. Haftung für den Schaden geht hervor, daß eine vertragliche Abmachung, wonach die eine Partei den Schaden, der aus ihren telephonischen Willenserklärungen entsteht, zu ersetzen hat, nicht unsittlich sein kann. Gleicherweise muß der Verzicht auf die Geltendmachung des Irrtums zugelassen werden, trotz der u. U. starken Bindung. In dieser Verzichtleistung darf aber keine Umgehung des Prinzips des Art. 100 O.R. liegen. Trotz dieser Stipulation ist die Gegenpartei u. E. verpflichtet, alle Sorgfalt aufzuwenden und genau darauf zu achten, ob nicht ein Versprechen, ein Mißverständnis vorliege. Ist sie bei der Beachtung dieser Pflicht grob fahrlässig, so darf sie sich nicht auf die vertragliche Abmachung stützen, denn sie ist ja am Eintritt des Irrtums selber schuld, hat die anfechtbare rechtliche Lage selber schaffen helfen, sodaß der Irrtum nicht nur durch die Gegenpartei herbeigeführt worden ist. In einem solchen Fall würde ja auch bei Fehlen einer vertraglichen Abmachung der Irrende, der den Irrtum seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat, von der Schadenersatzpflicht befreit.

Bei allen den telephonischen Mißverständnissen, Irrtümern liegt die Schwierigkeit in der Beweisfrage, da in der Regel

---

ist aber nicht der Sinn des Gesetzes, sondern jeder Irrtum, wo eine Partei erheblich mehr verspricht als sie will, ganz abgesehen davon, ob die Gegenleistung im gleichen Umfang zunimmt oder nicht, fällt unter Art. 24, Ziff. 3. Vgl. Oser, Art. 24 O.R., Nr. VI; v. Tuhr, Z.S.R. 38/5, Anm. 2; B.E. 48 II 238. Würde man diese Stelle nicht so auslegen, so wäre unser Fall nach Art. 24, Ziff. 4, anzufechten.

[13]) Becker a. a. O. Nr. 8; v. Tuhr a. a. O. 4.

keine Zeugen den telephonischen Verhandlungen beigewohnt haben. Diejenige Partei, die sich auf den Irrtum stützt, muß ihn auch beweisen. Z.G.B. Art. 8. Der Richter kann daher nur aus den Indizien auf die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen schließen; als solche kommen hauptsächlich in Betracht die Bestätigungsschreiben, die sofortige Aufzeichnung des Auftrages und event. seine Weiterleitung an eine andere Bank[14]).

II. Telegraphischer Verkehr.

Der telegraphische Verkehr fällt als Vertragsabschluß «durch einen Boten oder durch Vermittlung anderer Art» in Betracht, Art. 27 O.R.[15]). Beim telegraphischen Verkehr ist eine unrichtige Uebermittlung nicht so selten, sei es, daß die Depesche verstümmelt ankommt, oder beim Uebertelegraphieren falsch weitergegeben wird. In einem solchen Fall ist das Irrtumsrecht anwendbar. Der Telegraphierende hat die Gefahr zu tragen, er kann den Vertrag nur anfechten, wenn ein wesentlicher Irrtum vorliegt. Art. 23 ff. O.R.

Im allgemeinen lehnen die Banken die Verantwortung für Irrtümer im telegraphischen Verkehr ab, der Initiant, derjenige, der sich des Telegraphen bedient, hat die Gefahr zu tragen. Fehlt eine besondere Abmachung, so kann der Telegraphierende, wenn ein wesentlicher Irrtum vorliegt, den Vertrag als einseitig unverbindlich erklären. Aus der Tatsache allein, daß die anfechtende Partei durch telegraphischen Verkehr den Vertrag abgeschlossen hat, kann die Gegenpartei nicht das Recht auf Schadenersatz gemäß Art. 26 O.R. herleiten. In der Benützung der telegraphischen Einrichtungen kann und darf keine Fahrlässigkeit erblickt werden, denn die Telegraphie ist ein stark benutztes, alltägliches Verkehrsmittel geworden.

Abmachungen, wonach bei Irrtümern im telegraphischen Verkehr die eine Partei den Schaden zu tragen hat oder den Irrtum nicht geltend machen darf, sind ebenfalls gültig unter der im telephonischen Verkehr besprochenen Einschränkung[16]).

---

[14]) Es kommt jetzt hie und da vor, daß bei häufigen telephonischen Geschäftsabschlüssen ein Diktaphon gebraucht wird, das die vom Gegenkontrahenten telephonierte Erklärung aufzeichnet und dann wörtlich wiedergeben kann, wenn Streitigkeiten bestehen.

[15]) Gl. M. Becker, Art. 27 O.R., Nr. 1; Oser, Art. 27 O.R., Nr. 2.

[16]) Vgl. § 8 I b 2, S. 149.

Sowohl bei Irrtümern im telephonischen als auch bei solchen im telegraphischen Verkehr sind die Banken bestrebt, die Angelegenheit gütlich zu regeln, wobei jede Partei einen Teil des Verlustes zu tragen hat. Dies entspricht auch am ehesten der Billigkeit, indem beide Parteien Interesse an einem reibungslosen, auf Vertrauen und Entgegenkommen aufgebautem Verkehr haben. Muß die Bank immer mit der Anfechtung ausgeführter Aufträge rechnen, so wird ihr der schnelle Geschäftsverkehr, dem gerade bei den Devisenoperationen eine große Bedeutung zukommt, verunmöglicht und es können dem Klienten daraus große Verluste entstehen, wenn die Bank der rechtlichen Sicherheit wegen die Geschäfte, Aufträge, erst nach brieflicher Bestätigung ausführt. Deshalb darf die Berufung auf den Irrtum nicht mißbraucht werden und es ist in solchen Fällen dann Sache der Gerichte, die Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums als gegen Treu und Glauben verstoßend gemäß Art. 25 O.R. abzuweisen.

III. Der Differenzeinwand.

Es kommt hie und da vor, daß ein Bankkunde, für den ein Institut Devisen gekauft hat, deren Kurs stark und schnell gefallen ist, sich seiner Verpflichtung entziehen will, indem er behauptet, es liege ein klagloses Differenzgeschäft vor. Begünstigt wird diese Stellungnahme dadurch, daß er nur eine Forderung gegenüber der Bank hat, sodaß er vorgeben kann, es liege gar keine Realerfüllung vor. Dies ist aber unrichtig, indem die Bank nachweisen kann, daß wirklich solche Devisen gekauft und bei einer ausländischen Bank angelegt worden sind, oder daß ihm bei ihr oder einer fremden Bank ein Konto errichtet worden ist. Auch beim Selbsteintritt kann die Bank diesen Nachweis bringen, daß sie z. B. ein Deckungsgeschäft abgeschlossen hat oder daß sie aus eigenen Beständen geliefert hat. Diese Transaktionen gehen aus der Buchhaltung und der allfälligen Korrespondenz mit aller Deutlichkeit hervor.

Nach Art. 513 O.R. sind Differenzgeschäfte und solche Lieferungsgeschäfte über Waren oder Börsenpapiere, die den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, klaglos. Danach hat der Gesetzgeber selber die von der Wissenschaft eingeführte Einteilung in Differenzgeschäfte im Rechtssinn und solche im wirtschaftlichen Sinn angenommen. Denn es hätte doch sicher-

lich keinen Sinn, wenn der Gesetzgeber die Differenzgeschäfte besonders und dann noch eigentliche Lieferungsgeschäfte nennen würde, denen dieser Charakter durch die besondern Umstände zukommt, wenn er nicht diese Unterscheidung machen würde[17]). Beim Differenzgeschäft im Rechtssinn wird ausdrücklich oder stillschweigend unter den Parteien Lieferung und Abnahme ausgeschlossen; Vertragsgegenstand bildet einzig und allein der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preis und dem des Lieferungs-, Stichtages[18]). Beim wirtschaftlichen Differenzgeschäft beabsichtigt die Partei, die gekaufte, bzw. verkaufte Ware vor dem Lieferungstermin teurer weiter zu verkaufen, bzw. billiger einzukaufen[19]). Das B.G. scheint in seiner Praxis in Anlehnung an die Praxis des Reichsgerichts[20]) diesen Unterschied nicht zu machen, bzw. es sieht auch die Differenzgeschäfte im wirtschaftlichen Sinn als solche im rechtlichen Sinn an. Es steht fest und ist schon oft nachgewiesen worden, daß die Differenzgeschäfte im rechtlichen Sinn im Verkehr gar nicht vorkommen[21]). Das B.G. nimmt an, daß Lieferungsverträge dann klaglose Differenzgeschäfte sind, wenn die effektive Lieferung ausgeschlossen ist und auf diese Absicht wird dann an Hand von Indizien geschlossen[22]).

Es ist nicht Aufgabe vorliegender Arbeit, die Unterschiede zwischen dem rechtlichen Differenzgeschäft und Lieferungsverträgen, die den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, zu untersuchen. Wir begnügen uns damit, festzustellen, daß es sich auch beim rechtlichen Differenzgeschäft um Lie-

---

[17]) Gl. M. für das alte Recht Huber 87 ff., etwas unklar Oser, Art. 513, Nr. III, 1 und 2. Für diese Einteilung Huber 24, Trumpler 395 ff., § 2.

[18]) Trumpler a. a. O.; Huber a. a. O.

[19]) Cosack 384/85 sieht solche Geschäfte auch als klaglose Differenzgeschäfte an. A. M. Trumpler, 456. Damit diese wirtschaftlichen Differenzgeschäfte nach Art. 513 O.R. klaglos sind, müssen sie den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben. Es muß demnach ein wirtschaftliches Moment hinzutreten, das die Geschäfte, ganz abgesehen von der rechtlichen Form, zu klaglosen stempelt, weil sie als wirtschaftliche Erscheinungen nicht geduldet werden dürfen. Es ist sehr schwer, hier eine einigermaßen zuverlässige generelle Abgrenzung vornehmen zu können. Vgl. Huber 40 ff.

[20]) Trumpler 400 ff., 410.

[21]) Temme 673 ff.; Meili Z.S.R. n. F. 12/704; Trumpler 405 und die bei ihm angegebenen Autoren.

[22]) Hafner, S.J.Z. 11/290 ff. B.E. 31 II 61, 615, 25 II 593 u. a.

ferungsverträge über Waren und Börsenpapiere handeln muß, daß also Kassageschäfte begrifflich nie in Betracht fallen können[23]).

Zweitens muß das Lieferungsgeschäft nach gesetzlicher Vorschrift Waren oder Börsenpapiere betreffen. Wenn wir bei den Devisenkäufen zu Spekulationszwecken nach diesen, für die Annahme eines Differenzgeschäftes unerläßlichen Elementen suchen, so finden wir, daß in der Regel bei ihnen nie der Differenzeinwand erhoben werden kann und zwar aus folgenden Gründen:

Das O.R. verbietet in keinem seiner Artikel grundsätzlich die Spekulation. Jeder Kauf irgendeines Objektes bezweckt im Handelsverkehr, die Sache, wo sie nicht zum Selbstgebrauch erworben wurde, teurer weiter zu verkaufen. Man will mit a. W. aus der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis einen Gewinn ziehen. Nach dem O.R. und der Praxis des B.G. ist eine solche Spekulation auf Differenz dann, wie wir bereits gesehen haben, unsittlich und somit klaglos, wenn die Vertragsabsicht der Parteien nur auf diese Differenz geht und dies in einem Termingeschäft über Waren und Börsenpapiere geschieht.

Bei den Spekulationsdevisenkäufen handelt es sich in der Regel um Kassakäufe. Der Spekulant beschafft sich heute ein Guthaben, das er später teurer verkaufen will, oder es wird ein Terminverkauf abgeschlossen, indem er blanko ein Guthaben verkauft und es billiger einzukaufen sucht. Aber in beiden Fällen erfolgt wirkliche Erfüllung, das Guthaben wird dem Kontrahenten begründet oder begründet werden, es wird dem Auftraggeber ein Konto eröffnet oder eröffnet werden, er kann alsdann jederzeit über das Guthaben verfügen. Schon aus diesem Grund kann kein Differenzgeschäft vorliegen. Ferner muß es sich, wie Oser richtig hervorhebt[24]), um Waren oder Börsenpapiere handeln. Waren sind aber immer körper-

---

[23]) Das R.G. hat zwar wiederholt erklärt, daß die sog. Kassageschäfte dann Spielgeschäfte seien, wenn unter den Parteien Einigkeit besteht, daß nicht geliefert und kein Kaufpreis geschuldet wird. Bankarchiv 14/165 und Trumpler in Bankarchiv 2/51 ff. Er faßt sie als einfache Spielverträge auf, die nach § 762 und nicht nach § 764 B.G.B. klaglos sind. Nach O.R. würden sie unter Art. 513, al. 2, fallen.

[24]) Oser, Art. 513 O.R., Nr. III 2d.

liche, bewegliche Sachen[25]); die Devisenspekulation erfolgt aber regelmäßig in der Form von Käufen von Guthaben, d. h. von Forderungen. Es werden in diesen Fällen keine Valuten, Geldsorten verkauft, der Käufer erhält weder vom Verkäufer Banknoten noch andere Geldsorten, sondern letzterer überträgt ihm einen Anspruch, den er selber hat, er verkauft ihm sein Guthaben, das er auf die vom Käufer bezeichnete Bank überweisen läßt. Man darf hier nicht etwa sagen, damit habe er Geldsorten übertragen, denn sonst käme gar kein Verkauf einer Forderung mehr vor, sondern nur noch Verkauf von Geldsorten[26]). Anderer Meinung ist Weisbart, der Kauf von Geldsorten annimmt. Er führt an, daß die sog. Auszahlung die Fortentwicklung des Checkverkehrs ist; durch beide sollen dem Erwerber Zahlungsmittel zur Verfügung gestellt werden. Die «Auszahlung» sei daher nichts anderes, als die Verpflichtung des Veräußerers, «eine Geldsumme im Gebiet einer andern Währung an den Erwerber, oder den, den dieser bezeichnet, zu bezahlen». Gestützt darauf kommt er dann zur Annahme eines Kaufs von Zahlungsmitteln, Valuten. Wenn demnach die Pflicht, Zahlungsmittel zur Verfügung zu halten, das maßgebende rechtliche Moment ist, so liegt im Erwerb eines Checks ebenfalls ein Kauf von Zahlungsmitteln vor. Ob Weisbart soweit gehen will, ist zweifelhaft und wohl nicht anzunehmen. Die Pflicht, Zahlungsmittel zur Verfügung zu halten, kann nicht ohne weiteres entscheidend sein. Weisbart gibt selber zu, daß wenn Gutschrift verabredet worden ist, in diesem Anspruch «der Kauf einer zu begründenden Forderung erblickt werden könne». Es kommt daher auf die Absicht der Parteien an. In den von uns betrachteten Fällen will der Erwerber der fremden Währung nicht Auszahlung im eigentlichen engern Sinn, sondern er will sich ein Guthaben, eine Forderung in dieser Währung beschaffen, worüber er regelmäßig zu jeder Zeit verfügungsberechtigt sein will. Er hat also selber einen Anspruch, ein Recht gegenüber der Bank. Aus diesem Grund kauft er seinem Gegenkontrahenten «dessen Guthaben» ab. Es findet zwar keine Zession dieses Guthabens statt, sondern der andere ist verpflichtet, dem Erwerber eine

---

[25]) Oser a. a. O.; Cosack 23: Waren sind alle beweglichen Sachen mit Einschluß des Geldes.

[26]) Vgl. was darüber weiter oben § 4 II A gesagt wurde.

Forderung zu begründen, was regelmäßig durch Novation geschieht. Die Forderung des Veräußerers geht in bestimmtem Umfang unter durch Belastung, wogegen auf der andern Seite dem Erwerber eine gleich große Forderung begründet wird, sei es durch einfache Gutschrift beim gleichen Schuldner oder durch Ueberweisung. Es kann doch keinen rechtlichen Unterschied ausmachen, ob die Gutschrift, Begründung des Guthabens, beim ursprünglichen Schuldner geschieht, oder bei einem andern, sobald man den Kauf einer zu begründenden Forderung annimmt. Die Absicht des Erwerbers, der Parteien in den von uns betrachteten Fällen geht nicht auf Kauf von Geldsorten, sondern auf Schaffung eines Guthabens, einer Forderung. Es liegt demnach Kauf einer Forderung vor.

In der vorliegenden Arbeit wurden die Fälle nicht besonders betrachtet, wo ein Betrag fremder Währung erworben wird, um einer Zahlungspflicht nachkommen zu können. Hier will der Erwerber sich nicht ein Guthaben, eine Forderung verschaffen, sondern er will seinen Gläubiger, Lieferanten befriedigen. In einem solchen Fall kann man u. U. vom Erwerb von Zahlungsmitteln sprechen. Diese Operationen sind aber nicht mit denen, die bei den Devisenspekulationen oder bei Begründung von Guthaben (Konti in fremder Währung) vorkommen, zu verwechseln und ihnen gleichzustellen.

Es kommen daher auch nie die Kommissions-, sondern die Auftragsregeln in Betracht. Richtig ist, daß im Handelsverkehr solche Devisenkäufe wie Verträge über Waren behandelt werden, rechtlich sind es aber keine Waren, und sie fallen daher auch nicht unter Art. 513, al. 2, O.R., der von Waren und Börsenpapieren spricht, und als Ausnahmeregel sowieso einschränkend ausgelegt werden muß; es sei denn, man interpretiere die Vorschrift in der weiten Fassung eines Fahrniskaufes. Art. 187 O.R.

Wir kommen daher zum Schluß, daß bei Devisenspekulationskäufen, abgesehen von den übrigen Erfordernissen, in der Regel kein Differenzgeschäft vorliegen kann, da es sich weder um Waren noch um Börsenpapiere handelt, sondern um Guthaben, um Forderungen[27]).

---

[27]) Das bernische Handelsgericht hat i. S. Basler Handelsbank, kontra B. & Cie., die Spieleinrede der Beklagten abgewiesen, wegen effektiver Lie-

Geschieht die Spekulation vermittelst Checks oder Wechsel, so kann ein Differenzgeschäft vorliegen, denn Checks und Wechsel können sowohl als Waren, bewegliche Sachen, als auch als Börsenpapiere (Devisenbörse) betrachtet werden. Aber in solchen Fällen wird gleichwohl meistens der Differenzeinwand nicht begründet sein, weil Effektiverfüllung erfolgt, da diese in der Uebergabe der Wertpapiere liegt und beim Kauf von Checks und Wechseln auch zu Spekulationszwecken diese an den Käufer indossiert werden.

Wir sehen also, daß es de lege lata eine Seltenheit sein wird, bei einer Devisenspekulation erfolgreich den Einwand erheben zu können, es liege ein klagloses Differenzgeschäft vor.

Unterliegt das Rechtsverhältnis ausländischem Recht, wird es aber von einem Schweizer Gericht beurteilt, so hat dieses von Amtes wegen zu untersuchen, ob nicht ein nach Art. 513 O.R. klagloses Differenzgeschäft vorliege, auch wenn das Geschäft nach ausländischem Recht vollgültig ist, denn diese Vorschrift wurde im Interesse der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit erlassen[28]).

---

ferung, untersuchte aber nicht, ob überhaupt Kauf von Geldsorten vorliege, wie behauptet wurde. 11. Juli 1922.

[28]) Vgl. Meili II 283 ff., Fick vor Art. 513 O.R., Nr. 33 und 34.